



موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة

دكتور

محمد شكري سرور

استاذ القانون المدني بكلية الحقوق
جامعة الكويت - جامعة القاهرة

الكويت

١٩٩٤



موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة

دكتور

محمّد شكري سرور

استاذ القانون المدني بكلية الحقوق
جامعة الكويت - جامعة القاهرة

الكويت

١٩٩٤

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م



خطة الدراسة :

عالج المشرع الكويتي حق الملكية ضمن القسم الثاني من المجموعة المدنية المخصص للحقوق العينية، حيث يتوزع هذا القسم على كتاين : الأول في الحقوق العينية الأصلية، والثاني في الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية)، وحيث يتوزع الكتاب الأول على بابين : الأول في حق الملكية والثاني في الحقوق المنفردة عن الملكية (وهي : حق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى، وحقوق الارتفاق).

وعلى هذا يحتل حق الملكية، من المجموعة المدنية، الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الثاني. المواد من ٨١٠ إلى ٩٤٣.

وإلى جانب هذه المواد يعميل المشرع في تنظيم حق الملكية إلى بعض النصوص الواردة في القوانين الخاصة، وهذه تخرج أصلا من نطاق دراستنا إلا ما نراه منها ضروريا.

وقد جرت عادة بعض المؤلفين على أن يضمّنوا مؤلفاتهم في حق الملكية عرضا لوسائل حماية بعض أسباب كسبه. وتحديدًا لوسائل حماية الحياة، كدعاوي : استرداد الحياة، ومنع التعرض، ووقف الأعمال الجديدة. ولما كانت هذه الدعاوي تدخل ضمن برنامج دراسة الطالب في مقرر قانون المرافعات، فلن يتسع لها هذا المؤلف الموجز، فضلا عن وجوب تحاشي التكرار.

• كذلك لا نجد فائدة جدية من الإغراق في دراسة حق الملكية من الزاوية الفلسفية والتاريخية، كما يحلو لبعض المؤلفين أن يسهب فيها، فهذا النوع من الدراسة لا يهم إلا المتخصصين فيه. وهو بالقطع بعيد عن اهتمام الطالب والمشتغلين بالقانون. وليس أكره إلى نفسي من أن أجد طالبي يشيح بوجهه عن بعض ما تضمنه كتابه الدراسي لعدم قناعته بجوداه في تحصيل أحكام موضوع دراسته.

إلى هذا فإن تنظيم حق الملكية في المجموعة المدنية، مفترض فيه أن هذا الحق ينصب على أشياء مادية. فتخرج - من ثم - من إطار دراستنا الملكية الواردة على أشياء غير مادية : كالملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف)، والملكية الصناعية (حق المخترع).

فإذا ما كان تحديد إطار الدراسة على هذا النحو، بقي أن نعرض لخطتها:

اعتمد المشرع - في تنظيمه لحق الملكية - منهجا يتمثل في : توزيع هذا التنظيم على فصلين : عرض في الأول لأحكام حق الملكية ووزعه على فرعين أحدهما في : نطاق حق

الملكية، والآخر في الملكية الشائعة.

أما الفصل الثاني فجعله لأسباب كسب الملكية ووزعه على ثلاثة فروع: الأول في كسب الملكية ابتداءً (فعرض فيه لـ: الإستيلاء)، والثاني في كسب الملكية ما بين الأحياء (فعرض فيه لـ: الإلتصاق، والتصرف القانوني، والشفعة، والحيازة) والثالث في كسب الملكية بسبب الوفاة (فعرض فيه لـ: الميراث والوصية)، مع ملاحظة أنه في السببين الأخيرين (الميراث والوصية) أحال فيهما إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنهما.

ومن جانبنا، فلم نجد ما يدعونا لأن نلتزم، في هذا المؤلف، بهذا الترتيب. وإنما رأينا أن نعتمد خطة أخرى نعتقد أنها الأنسب إلى طبيعة المعالجة الدراسية.

وعليه، فسوف نوزع دراستنا لحق الملكية على باين رئيسيين: الأول في أسباب كسب الملكية، والثاني في أحكام حق الملكية. على أن تسبقهما دراسة تمهيدية في: التعريف بحق الملكية وعناصره وخصائصه.

فأما الباب الأول فنعرض فيه لكل من: الإستيلاء، والإلتصاق، والشفعة، والحيازة، مخصصين لكل منها فصلاً مستقلاً، أما الباب الثاني، فنعرض في الفصل الأول منه لأحكام حق الملكية في التنظيم العام له، فيما نكرس الفصل الثاني للأحكام الخاصة بالملكية الشائعة.

تقسيم:

فصل تمهيدية: في التعريف بحق الملكية وعناصره وخصائصه.

الباب الأول: في أسباب كسب الملكية.

الفصل الأول: الإستيلاء.

الفصل الثاني: الإلتصاق.

الفصل الثالث: الشفعة.

الفصل الرابع: الحيازة.

الباب الثاني: أحكام حق الملكية.

الفصل الأول: أحكام حق الملكية في التنظيم العام له.

الفصل الثاني: الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة.

فصل تمهيدي

عموميات

في التعريف بحق الملكية وعناصره، وخصائصه

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين، على النحو التالي:

المبحث الأول

في التعريف بحق الملكية وعناصره

تعريف حق الملكية :

- ١ - الملكية هي الحق العيني، الذي يؤول صاحبه من السلطات، ما يمكنه من الحصول على جميع منافع الشيء، وذلك باستعماله، واستغلاله والتصرف فيه^(١).
- ٢ - فإن كان ما ينتج عن الشيء كله من منافع، وما تباشر عليه من سلطات، لشخص واحد، أطلق على الملكية في هذه الحالة (الملكية المقرزة). وهذه هي الصورة العادية للملكية. وذلك تمييزا لها عما يطلق عليه (الملكية الشائعة)، حين يجتمع على الشيء الواحد أكثر من حق ملكية، بحيث يكون لكل مالك من السلطات ما يمكنه من الحصول على مجرد نسبة من كل منافع هذا الشيء^(٢).

(١) لذلك يختلط الحق - تقريبا - بالشيء نفسه الذي يرد عليه. هذا الشيء الذي يختلط - بدوره - بالآلة. ومن هنا جرى التعبير: شئى أو ملكيتى، بدلا من التعبير: حق ملكيتى على هذا الشيء.

DABIN (jean): le droit subjectif. Paris 1952 p. 178.

(٢) ولا يكتفى البعض، في تصريف حق الملكية، بأن يحيط التعريف بجميع عناصر هذا الحق، وإنما يرى ضرورة أن يتضمن أيضا تبياناً لكل خصائصه. ولذلك، فهو يفضل تعريف الملكية بأنها: «حق الاستئثار بالاستعمال والاستغلال والتصرف، على وجه دائم، في الشيء الذي ترد عليه، في حدود القانون». أنظر: عمود جمال الدين زكي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٨، ص ٣٢، بند ١١.

(٣) أنظر: محمد شكري سرور: النظرية العامة للحق، ط ١٩٩٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٠، بند ٤١.

عناصر حق الملكية (سلطات المالك):

٣ - بدأ من التعريف السابق ، أن حق الملكية يحول صاحبه من السلطات ما يمكنه من الحصول على كل منافع الشيء المملوك . وتعبيراً عن هذا المعنى نصت المادة/٨١٠ مدني على أن «مالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه ، في حدود القانون» .

فكان عناصر حق الملكية (أو سلطات المالك) . ثلاث هي : الاستعمال ، والاستغلال ، والتصرف :

١ - الاستعمال : 'usage' :

٤ - ويقصد به الحصول على منافع الشيء ، دون ثماره ، وذلك باستخدامه بحسب طبيعته ، مع الإبقاء على جوهره . ومثاله : سكنى المنزل ، أو ركوب السيارة . . . الخ .
وقولنا «دون ثماره» هو ما يميز الاستعمال عن الاستغلال ، الذي هو القيام بالأعمال التي تؤدي إلى الحصول على ثمار الشيء ، فإذا كان ركوب السيارة يعتبر استعمالاً لها ، فإن إدارتها كتنافس يعتبر من قبيل الاستغلال .

وقولنا «مع الإبقاء على جوهر الشيء» هو ما يميز الاستعمال عن التصرف ، الذي يؤدي إلى استهلاك الشيء ، كلياً أو جزئياً . ومتى كان ذلك ، فإذا كان الشيء من الأشياء التي تستهلك بطبيعتها بمجرد أول استعمال لها (كالبوقود مثلاً) فيؤدي استعمالها بحسب ما أعدت له إلى استهلاكها ، فإنه لا يصلح عملاً للحقوق التي تحول صاحبها مجرد حق الاستعمال وحده .

٢ - الاستغلال la jouissance :

٥ - ويقصد به - كما تقدم - القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء . ويقصد بالثمار ، ما يغله الشيء في مواعيد دورية ، دون أن يترتب على أخذه الإنقاص من أصل الشيء (كأجرة المنزل مثلاً) . وهي بهاتين الخاصيتين (الدورية ، وعدم الإنقاص من الأصل) تتميز عن المنتجات ذات الصفة غير الدورية والتي تنتقص من أصل الشيء (كالمعادن المستخرجة من المناجم) .

ولا تظهر أهمية للفرقة بين الثمار والمنتجات إلا إذا قرر المالك ، لشخص آخر حقاً

على الشيء بخوله سلطة استغلاله، فيكون له ثمار الشيء فقط دون منتجاته (كالحائز حسن النية). أما مالك الشيء، فبدهي أن من حقه الحصول على كل منافعه، ثمارا كانت أو منتجات.

٦ - والثمار، من ناحية أخرى، إما طبيعية: وهي ما ينتج عن الشيء بفعل الطبيعة وحدها (كنتاج المواشي)، أو مستحدثة: وهي ما ينتج عن الشيء بتدخل الإنسان (كمحصول الأرض الزراعية). والجامع بين هذين النوعين، أنها ثمار غير نقدية، ويطلق عليها الثمار المادية. ولا يترتب على التفرقة بينهما نتائج قانونية.

ويقابل هذين النوعين من الثمار، أو الثمار المادية، ما يسمى بالثمار المدنية: ويقصد بها ما يغله الشيء من دخل نقدي يلتزم به الغير في مقابل استفادته من الشيء. (كأجرة الأرض).

وتبدو أهمية التفرقة بين الثمار المادية (طبيعية أو مستحدثة) والثمار المدنية، من حيث الوقت الذي تعتبر فيه الثمار مقبوضة، لإمكان إحمال القواعد التي تحول شخصا الحق فيها قبضه من ثمار. إذ تعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة «مقبوضة» يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما» (م ٩٢٩/٢).

تنويه:

٧ - على أن حرصنا السابق على إبراز الضوابط التي تفرق بين سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال، لا ينفي إمكان تصور اختلاط السلطتين معا: فزراعة المالك لأرضه، مثلا: هي استعمال لها. غير أنها - من حيث تؤدي في ذات الوقت إلى حصوله على ثمارها - تكون كذلك استغلالا لها.

التصرف la disposition:

٨ - ويقصد به - وفقا لتعبير البعض - «استخدام الشيء استخداما تنفذ به مقوماته بصفة كلية أو جزئية، و يترتب عليه، من ثم، زوال كل أو بعض السلطات عليه، أو على الأقل تغييره»^(١).

وعلى هذا التحديد، لا يكون لسلطة التصرف معنى واحدا، وإنما يختلف معناها

(١) محمد جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٣٣، بند ١٢.

حسب نوعه، وما إذا كان تصرفاً مادياً أو تصرفاً قانونياً.

فأما التصرف المادي فيقصد به التصرف في مادة الشيء نفسها بما يؤدي إلى إعدامها كلية أو جزئياً أو - بالأقل - التنوير فيها، كهدم منزل، أو تحويل الدقيق إلى خبز. . . الخ. فهو - من هذا - يشكل إذن مميزاً هاماً لحق الملكية لا يتوافر في غيره من سائر الحقوق العينية الأصلية الأخرى، كحق الانتفاع، أو حق الاستعمال. . . الخ. فهذه الحقوق تخول صاحبها سلطة الإفادة من شيء مملوك للغير، على نحو يتفاوت مداه من حق إلى آخر، ولكن بشرط - في كل الأحوال - المحافظة على مادة الشيء لرده إلى صاحبه (المالك) بعد إنتهاء المدة المقررة لهذه الحقوق، وهي جميعاً مؤقتة بطبيعتها.

أما التصرف القانوني، فيقصد به القيام بالأعمال القانونية التي قد تقضى على حق المالك كلية، كالهبة مثلاً، أو تقيد بما له من سلطات على ما يملك، كالرهن. فهو - من هذا - سلطة ترد على حق المالك ذاته، لا على الشيء محل هذا الحق كما هو الحال في سلطة التصرف المادي^(١). ومن ثم، فلا نرى فيه، في واقع الأمر، إحدى خصوصيات حق الملكية، لأن صاحب أي حق آخر يمكنه أن يتصرف فيه بهذا المعنى.

٩ - ونوه هنا أيضاً، إلى إمكان اختلاط الاستعمال بالتصرف. ويحدث ذلك - عادة - في استعمال الأشياء القابلة للاستهلاك بطبيعتها، كالأطعمة والملابس وغيرها. إذ أن استعمال مثل هذه الأشياء يكون باستهلاكها، بما يؤدي إلى فنائها، فيعتبر هذا الاستعمال، من هذه الزاوية، تصرفاً كذلك فيها.

(١) في هذا المعنى: عبد المتعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري) ط. ١٩٨٢، ص ٣٠، بند ٢١.

المبحث الثاني

خصائص حق الملكية

تعداد:

١٠ - وفي معرض تبيان خصائص حق الملكية، قيل بأنه حق جامع، مانع، مطلق، ودائم. على أن يلاحظ - قبل الخوض في تفاصيل هذه الخصائص - أن الفقه ليس يجمع على ثبوتها كلها لهذا الحق: فالبعض يرى ذلك، فيما لا يثبت الآخرون، له، إلا بعضاً من هذه الخصائص.

وحتى في معرض الخاصية الواحدة لا نجد الكلمة مجمعة على معنى واحد لها، وإنما تعدد المعاني المقصودة منها بحيث يتداخل - أحياناً - معنى بعض هذه الخصائص مع معنى خاصية أخرى.

ونعرض فيما يلي لهذه الخصائص، لنبين في النهاية - ما يصدق عليه أنه خاصية لحق الملكية تميزه عن سائر الحقوق الأخرى بالمعنى الدقيق.

١ - الملكية حق جامع total:

١١ - ذكرنا أنه بمقتضى المادة / ٨١٠ يكون لما لك الشيء وحده - في حدود القانون - حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه. ولما كانت هذه السلطات الثلاث (الإستعمال والإستغلال والتصرف) إنما تحيط بكل منافع الشيء، كان من الطبيعي أن توصف الملكية بأنها حق جامع^(١).

ويظل هذا الوصف صحيحاً، ولو تقيدت سلطات المالك، أو حرم من بعضها مؤقتاً نتيجة وجود حق لغيره على ذات الشيء. فإلّاك الشيء - على سبيل المثال - إذا رتب عليه حق انتفاع لغيره، فحوله بهذا الشكل سلطتي الاستعمال والاستغلال، لا يغير بذلك

(١) وتعبيراً عن هذا المعنى، جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن: «حق الملكية يتأثر في طبيعته وحكمه في القانون، حق الانتفاع. فحق الملكية هو جماع الحقوق العينية، إذ مالك العقار يكون له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه». نقض ١٩٨٧/١٢/٣ (منشور في قضاء النقض في الملكية ل: السيد خلف محمد ط/ ١٩٨٩ رقم ٨، ص ٩).

من طبيعة حقه. وإنما يظل هذا الحق، ويسمى عندئذ بملكية الرقبة، مع وجود حق الانتفاع، حق ملكية، بدليل أنه يترتب على انتفاء هذا الحق المقرر للغير، وهو موقوف بطبيعته، أن يسترد المالك، بقوة القانون، سلطتي الاستعمال والاستغلال، ويعود حق الملكية إلى ما كان عليه، ولا يعتبر المالك قد اكتسب ملكية جديدة^(١).

١٢ - ومقتضى كون الملكية حقا جامعاً، على هذا التحديد، أن يكون الأصل هو خلوها من أي تكليف لصالح الغير. وهذا الافتراض تقضي به، كذلك، القواعد العامة في الإثبات^(٢). وعليه، فإن من يدعي عكس هذا الأصل، بمعنى وجود حق له على ملك غيره (كحق ارتفاق مثلاً) يكون عليه هو أن يقيم الدليل على ما يدعيه.

كما أن من مقتضاه أيضاً - في نظر البعض - عدم إمكان مساءلة المالك عن عدم استعماله للملك أو تركه استغلاله ولو أدى ذلك إلى تلفه، ولا مناقشته في كيفية استعماله أو طريقة استغلاله له^(٣). فيما نمتقد - من جانبنا - أن هذه النتائج أقرب إلى أن تكون فرعاً عن صفة أو خاصية الإطلاق في حق الملكية، منها إلى أن تكون فرعاً عن صفته كحق جامع.

٢ - هل الملكية حق مانع (أو استثنائي)؟ Exclusion

١٣ - لعل هذا ما قد يبدو من صياغة المادة ٨١٧/١ سابقة الذكر، حين تقصر مزايا ملكية الشيء على صاحبه، فتقرر أن لمالك الشيء... الخ^(٤). الأمر الذي يمنع غير المالك من المشاركة في هذه المزايا. ويقول المالك منع هذا الغير من استعمال ملكه أو الاستفادة منه ولو لم يعد عليه من ذلك ثمة ضرر^(٥).

(١) في هذا المعنى: إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية ج ١، (حق الملكية)، ط ١٩٥٩، ص ٣٩، أحمد سلامة: الملكية الفردية في القانون المصري ١٩٧٠، ص ٦١.

(٢) أنظر: محمد شكري سرور، مرجع أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ١٩٨٦، ص ٤٠، بند ٢٦.

(٣) أنظر: محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٣٣، بند ١٤ (نقلا عن أوبري ورو).

(٤) وأكثر ظهوراً منها، في هذا المعنى، نص المادة ٨٠٢/٢ مدني مصري، التي تقتضي بأن المالك الشيء، وحده... الخ النص.

(٥) في هذا المعنى، الصدة، المرجع السابق، ص ١٧، بند ١٢، وأنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي له، الأحكام المشار إليها في: محمود جمال الدين زكي، ص ٣٤، ٣٥، بند ١٥ نقلا عن محمد كامل مرسي. وأنظر في نفس المعنى كذلك: محمد علي حنبولة: الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، رسالة دكتوراه (حقوق عين شمس) ١٩٧٣، ص ٤٨٢، ٤٨٣، وهو يبرره بأن الأصل في الملكية أن تكون تامة وشالية من التكاليف أو الارتفاقات القانونية أو الاتفاقية، وبأن من غير المتصور أن يوجد حق ملكية تام وكامل وشامل، على نفس الشيء، لشخصين مختلفين، في آن واحد.

١٤ - وفي مصر، كان أريد في مشروع التقنين المدني^(١)، وضع قيد على هذه الصفة، بعدم جواز أن يمنع المالك، الغير «من التدخل في انتفاعه بملكه متى كان هذا التدخل ضروريا لتوقي خطر داهم أشد كثيرا من الضرر الذي يصيبه من التدخل». وإنما يكون له، فقط، «أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر». على أن هذا القيد ما لبث أن حذف في لجنة المراجعة، من حيث ما يؤدي إليه «من انتهاك حرمة ملك الغير» وما قد يخلقه «من مشاكل لا ضابط لها ولا تحمد عقباها». فضلا عن أن النتيجة العملية منه «تتحقق في الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلى نص» «وأن في فكرة التعسف في استعمال الحق ما قد يغني عن أحكام هذه المادة في كثير من الفروض التي تقتصر فيها المروءة عن قضاء حتى الضرورة»^(٢).

١٥ - ومقتضى خاصية المنع أو الاستثناء هذه، على التحديد السابق، عدم إمكان أن يكون الشيء الواحد مملوكا - في ذات الوقت - ملكية كاملة لأكثر من شخص، لوقوع التعارض، عند استعمال كل منهم لمكنات حق ملكيته من استعمال واستغلال وتصرف^(٣). وإذا جاز أن يكون الشيء مملوكا على الشيوع لعدة ملاك، كما سئرى، فإن كلا منهم لا يملك في الحقيقة الشيء كله، وإنما يملك حصة شائعة فيه. ونفس الأمر حين يتعدد المالكون للبناء، حيث تقتصر ملكية كل منهم على طبقة منه دون ملكية البناء بأكمله^(٤).

١٦ - وبين جانبنا، ومع التسليم بأن الملكية ترتب لصاحبها هذا الحق الاستثنائي، فنحن نعتقد - مع البعض^(٥) - أن هذه الصفة ليست من خصوصيات حق الملكية وحده، وإنما تصدق على جميع الحقوق الخاصة، إذ أن السلطات التي تخولها هذه الحقوق لأصحابها تثبت لصاحب الحق وحده.

وقد يقال، أن طبيعة حق الملكية تقتضي، حتى يمكن للمالك أن يتمتع بملكه، ألا

(١) في المادة ٨٧٦ منه.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٦، ص ٣٩، ٣٠.

(٣) (٤) راجع في هذا المعنى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٨ (حق الملكية) ص ٥٣٢، بند ٣٢٦، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٣٥، بند ١٥.

(٥) أنظر أحمد سلامة، المربع السابق، ص ٦٢، منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري ١٩٦٥، ص ١١، وقارن على العكس: الصده ص ١٧، بند ١٢، عبد النعم البدراوي حق الملكية ص ٢١، بند ١٠. أما السنهوري فزعم اعترافه بأن قصر الملكية على المالك ليس خاصاً بحق الملكية وحده، إلا أنه بالنظر لكون حق الملكية هو «أوسع الحقوق نطاقا، فقصره على صاحبه يكون أبغى أثرا، ص ٥٣٢، بند ٣٢٦.

يتقيد في ذلك بحق للغير، حين أن الحقوق العينية الأخرى تترك مجالا لإفادة آخرين غير أصحابها (فحق الانتفاع - مثلا - يتقيد بحق مالك الرقبة). غير أن هذا الاختلاف، من هذه الوجهة، بين حق الملكية وما عداه من الحقوق العينية الأخرى، ليس في الواقع إلا نتيجة منطقية لكون حق المالك - كما سبق أن بينا - إنها يحيط بجميع مزايا الشيء، وهو ما أسميناه بالحق الجامع^(١).

١٧ - ونشير - مع التحفظ السابق - إلى أن صفة الاستئثار تظل ثابتة لحق الملكية، حتى في حالة الملكية الشائعة، مفهومة هذه الصفة، في هذا الفرض، بالنظر لعلاقة المالكين المشتاعين (جميعهم) بالأغيار، أو بمن عداهم. فتعتمد الملاك لا يخل - في واقع الأمر - بحقيقة أن الشيء يخصهم جميعا دون غيرهم، وأن لهم وحدهم الاستئثار به ويمزاياء، وبسلطة التصرف فيه^(٢).

٣ - هل الملكية حق مطلق؟ Absolu:

يجري جانب كبير من الشراح على نعت الملكية بهذا الوصف، ولكنهم يختلفون فيما بينهم في مدلوله.

١٨ - فيقصد البعض به أن هذا الحق يقول صاحبه كل ما يمكن تصوره على الشيء من سلطات، فيكون له أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه^(٣).

(١) في هذا المعنى أيضا: منصور مصطفى منصور، ص ٥٤، بند ٤٦.

(٢) أنظر محمد شكري سرور، المرجع السابق ص ٥١، ٥٠، بند ٤١، وفي نفس المعنى أيضا: دابان، المرجع السابق، ص ١٧٩، وعكس ذلك، وانتفاء صفة الحق كلية عن الملكية الشائعة، بمقولة أن كلا من الشركاء لم تعد له سلطة الاستئثار والتسلط على الشيء (حين أن هذه السلطة هي قوام الحق، أي حق)، مادام أنه يقسم هذه مع شركائه. وبمقولة أيضا أن حق الملكية يفترض أن يكون لصاحبه أن يفعل بالشيء المملوك ما يريد، بما يستتبع ذلك من ضرورة ألا تظهر على الشيء، سوى إرادة خاصة واحدة، وهو ما لا يتوافر في حالة الملكية الشائعة حتى في حالة اتفاق الشركاء في الرأي.

DE VAREILLES - SOMMIERS De la copropriété R.C. 1907, p. 534 et s. no 11 et 12.

وراجع في نقد هذا التحليل: محمد شكري سرور، المرجع السابق، نفس الموضوع.

(٣) في هذا المعنى:

MAZEAUD (H.L. et J) et CHABAS (F): leçons de droit civil. To 2, vol (Biens) 7 éd. 1988.

Montchrestien, Par CHABAS p. 77 no. 1332.

بيد أن، فلور أن مشار إليها في منصور مصطفى منصور ص ١٢ هامش ١، محمد حل عرفة: شرح القانون المدني الجديد ج ١ (حق الملكية) ١٩٥٤، ص ٢٠٩، بند ٨٥، وضمناً: نقض مصري ١٩٨١/٦/١٣ (مجموعة خلف رقم ٥، ص ٨).

وواضح أن صفة الإطلاق، مفهومة بهذا المعنى، لا تعدو أن تكون تكراراً، بتعبير آخر، لوصف الملكية بأنها حق جامع.

١٩ - ويقصد البعض الآخر بهذا الوصف، أن حق الملكية يُنتج به على الكافة^(١)، بمعنى أنه يكون واجب الاحترام من الجميع.

وواضح أن صفة الإطلاق، مفهومة بهذا المعنى، ورغم ثبوتها قطعاً لحق الملكية، ليست في الحقيقة من خصوصيات هذا الحق. فجميع الحقوق سواء من هذه الوجهة. ولعل الحقوق العينية النعنية بالذات (كالرهن) تظهر فيها هذه الصفة بوضوح، من حيث ما تخوله لصاحبها من مزية تتبع المال الذي تنقرر عليه، تحت أي يد يكون^(٢).

٢٠ - أما الفقه التقليدي - متأثراً بأفكار فلاسفة الثورة الفرنسية - فكان يقصد بهذه الصفة أن المالك الشيء حرته المطلقة في الانتفاع بما يملك على نحو ما يريد^(٣). أو كما عبرت المجموعة المدنية الفرنسية، في المادة ٥٤٤ منها، أن ينتفع بالشيء ويتصرف فيه «بطريقة مطلقة إلى أبعد حد»^(٤).

غير أن هذه الصفة بمعناها الأخير (والتي كانت أثراً لتعاليم المذهب الفردي) ما لبثت حتى فقدت هيبتها في العصر الحاضر تحت ضغط الحاجات الاجتماعية^(٥). بحيث أصبح من المألوف كثرة التدخل التشريعي بالقيود التي تحد من حرية المالك على ما يملك. وهو ما أفسح مجالاً لوصف جديد للملكية، بأنها حق ذو وظيفة اجتماعية^(٦) (٧)

ونظر في نقد هذا التصور، من قبل شراح فلسفة القانون: في هذا المعنى:

BATIFFOL (H): Problèmes contemporains de la notion de biens, Archives de philosophie de droit, 1979 To 24 p. 15 et 18. FAVOREAU (L) et PHILIP (L): les grandes décisions de conseil constitutionnel paris. Sirey 4 éd. 1986p. 70 et s. no. 7

١) في هذا المعنى: BUFELAN-LANORE (Y): Droit civil 3 éd. 1977 p. 42.

البدرابي، المرجع السابق، ص ٢٠ (وإن رأى حق الملكية يشترك في صفة الإطلاق، مفهومة بهذا المعنى، مع سائر الحقوق العينية الأخرى).

(٢) قرب: الصلدة، ص ٢٦، بند ١٧.

(٣) في هذا المعنى: بودري لكانتينري وشوفو، مشار إليها في منصور مصطفى منصور ص ١٣، هامش ٣، البدرابي ص ٢٠، بند ٩.

Le droit de jouir et disposer des maniere la plus absolue.

(٤)

(٥) في هذا المعنى: شهاباس (في ملازو وشهاباس)، المرجع السابق ص ٧٥.

(٦) أنظر السبوري ج ٨، ص ٥٥٢، البدرابي ص ٢٠، بند ٩، منصور مصطفى منصور ص ١٥، أنور طلبية،

الوسط في القانون المدني ج ٣، ١٩٨٨، ص ٢٥.

(٧) بل وصفها البعض بأنها «وظيفة اجتماعية»، أنظر في هذا الوصف محمد علي عرفه، المرجع السابق ص ١٩٩

يطلب إلى المالك القيام بها، ويحميه القانون مادام يعمل في الحدود المرسومة لها. وهو وصف بلغ من الأهمية في نظر المشرع الكويتي حتى أنه حرص على أن يضمّنهُ نصوص الدستور. فالمادة ١٦ تقضي بأن: «الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية. وهي جميعاً حقوق قردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون». وعلى نفس النسق، نصبت المادة ٣٢ من الدستور المصري على أن: الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل. وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي، وفي إطار خدمة التنمية، دون انحراف أو استغلال. ولا يجوز أن تتعارض في طريقة استخدامها مع الخير العام للشعب^(١).

فإذا ما كان هذا التطور^(٢)، وقلنا بأن الملكية، رغم كونها حقاً فردياً إلا أنها تتصف بأن لها وظيفة اجتماعية، فإن هذا الوصف، بدوره، لا يعد من خصوصيات حق الملكية، إذ لكل حق من الحقوق الخاصة وظيفته الاجتماعية^(٣).

وما بعدها بند ١٥٠، وانظر في التحفظ على وصف الملكية بأنها محض وظيفة اجتماعية، لما يتضمنه هذا الوصف بهذا المعنى من إنكار لفكرة الحق ذاتها، منصور مصطفى منصور ص ١٥، حنبلة رسالته السابقة ص ٤٥٧ وما بعدها.

(١) كما أهدأت تأكيد نفس المعنى، المادة ٨٠٦ من مئلي مصري، حين أوجبت على المالك أن يراعي في استعماله حقه وما تقتض به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة. وقد جاء في حكم لمحكمة النقض تطبيقاً لذلك، أن الملكية «ليست حقاً مطلقاً لا حد له»، وأنه «حيث تعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم، في ١٣/٦/١٩٨١ (مجموعة خلف ص ٨٥).

(٢) وهذا التحول، سمح بجانب من الفقه بأن يرتضى، أن يقرر المشرع إسقاط الملكية عن المالك إذا لم يستعمل ملكه مدة معينة، ففعل بذلك استغلال جزء من الثروة القومية أو على الأقل أن ينقل استغلال هذا الملك إلى شخص آخر أو هيئة أخرى. وإمكان أن يفرض الشارع على المالك - في استعماله للملك - التنظيم الذي يراه متفقاً مع مصلحة الجماعة. أنظر: عبد الحى حجازي، مشار إليه في أحمد سلامة ص ٨٣.

(٣) أنظر، في التطور التاريخي لحق الملكية:

MARTY (G.F) et RAYNAUD (P): Droit civil (les Biens) 2 éd SIREY 1980, par RAYNAUD (pp. 30-39 no. 32-37)

شباباس (في مازو) ص ١٧٠١١ البند من ١٢٩٦-١٣٠٤، السنبوري ج ٨، ص ٤٨١-٤٩١، البند ٢٩٥-٢٩٢.

(٤) وانظر في وصف الملكية بأنها حق مطلق، في معنى أنه مقصور على صاحبه: شباباس (في مازو) ص ٢٩٠، بند ١٣٠٦، وهو - كما هو واضح - ترديد، بعبارة أخرى، لصفة المنع أو الاستثناء في حق الملكية.

(٥) وأنظر: في مفهوم فريد تقريباً، لصفة الإطلاق في حق الملكية:

ATIAS (christien): Droit civil (les biens), 26d Liteo. 1991, p. 72-74, no. 53.

حيث يرى أن الملكية حق مطلق، مفهوماً، هذا الوصف، بثلاثة معان: فهي حق مطلق، أولاً، لأن الملكية ليست تعصراً في حق آخر. وهي حق مطلق، ثانياً، لأنها حق دائم، من حيث كونها النظام الطبيعي، أو حالة التوازن القانوني، للأموال.

٤ - هل الملكية حق دائم ؟ Perpetuel :

كثيرا ما توصف الملكية كذلك بأنها حق دائم^(١)، وإن كان الشراح يستخدمون هذا الوصف بمذلولات مختلفة. ويجمع بعضهم في استخدامه، أحيانا، بين أكثر من مذلول.

٢١ - أ. فيقصد البعض بالدوام، أن حق الملكية ذاته، ولو تغير شخص المالك، إنما يبقى ما بقي الشيء، ولا يزول إلا بهلاكه^(٢). ولا يقدح في هذه الصفة أن تنتقل الملكية من شخص إلى آخر، لأنه رغم هذا الانتقال يظل الحق باقيا على الشيء. فالذي يتغير عندئذ هو، فقط، شخص المالك. «فالمالك يتتابعون في كسب ملكية الشيء، دون أن تتخلل ذلك فترة يكون فيها الشيء بلا مالك»^(٣).

وقد فرعوا على صفة الدوام في حق الملكية، مفهومة بهذا المعنى، نتيجتين: الأولى، عدم إمكان توقيت الملكية بمدة معينة تنقضي، بعدها، نهائيا، دون أن تثبت لشخص ما. والثانية، عدم زوال حق المالك إذا تخلل عن الشيء بنية النزول عن ملكيته، ما لم يكتسب هذه الملكية شخص آخر.

(est le régime normal, l'état d'équilibre juridique des biens).

وهي حق مطلق، ثالثا، لأنها الحق العيني الكامل (le plus complet)

وقد فرع على ذلك، أن الملكية فكرة عامة، لا يتوقف تمريرها على الظروف. فهي لا تختلف في معناها من مالك لآخر، ولا من شيء لشيء آخر. فالملكية، ولو من حيث المبدأ، يمكن أن ترد على كل الأشياء كما أن الملكية هي الملكية بالنسبة للجميع: أغنياء أو فقراء، ضعفاء أو أقوياء، أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا معنويين. ومن نفس الرأي، في المعنى الثاني له، سابق الإشارة، أنظر أيضا:

BANDRAC (M): la nature juridique de la prescription extinctive en matière civile. Paris éd. Economica. 1966. p.124-131 no 124 ets.

(١) بل يؤكد البعض أن هذه الصفة مما ينفرد به حق الملكية دون بقية الحقوق، أنظر: أنياس (كريستيان)، المرجع السابق ص٧٦، بند ٥٥، محمود جمال الدين زكي ص٣٦، بند ١٦٦.

(٢) أنظر: من الفقه الفرنسي: BUFFELAN - LANORE (Y): Droit civil. 3^{ed}. 1977 p.47

شباباس (في مازو) ص٩٤، بند ١٣٤٨، مارتى ورينو ص٥٧، بند ٥٠، ومن الفقه العربي: السنهوري ج٨، ص٥٣٤، ٥٣٥، بند ٣٧٨، الصلدة ص١٩، بند ١٤، محمود جمال الدين زكي ص٣٦، بند ١٧، البدراري ص٢٢، بند ١١.

(٣) شباباس (في مازو) ص٩٥، بند ١٣٤٨، الصلدة ص١٩، بند ١٤، بل قيل - في هذا المعنى - أنه: «بانتقال الملكية نفسه تتأبد الملكية».

(la propriété se perpétue en se transmettant)

قول منسوب لـ: بيدان وفوران أشار إليهما السنهوري ص٥٣٤ وهامش ١.

ويتأسس هذا الرأي على وجوب التفرقة بين الوجود المادي أو الفعلي للشيء ووجوده القانوني . فطالما ظل هذا الشيء سائبا مباحا فلا وجود له إلا من الناحية الفعلية . أما وجوده القانوني فمرهن بثبوت حق ملكية عليه . فإذا ما اكتسب هذا الوجود، دبت فيه الحياة القانونية، وبقي استمرار وجوده القانوني رهنا ببقاء حق الملكية عليه . ولا يزول هذا الحق بدوره إلا بهلاك الشيء، إذ لا يصح - عند أنصار هذا الاتجاه - أن يعود الشيء سائبا مباحا بعد أن دخل الحياة القانونية .

غير أن هذا التصوير، وإن سندته النصوص في خصوص العقارات^(١) إنها يناقضه في حقيقة الأمر، نص المادة ٨٧٦/١ مدني، حين تقضى بأنه «يصبح المنقول مباحاً، إذا تخلى عنه مالكه بنية النزول عن ملكيته» . وهو ما يفهم منه أن المشرع يتصور إمكان أن يعود الشيء المنقول سائبا مباحا بعد أن كان مملوكاً^(٢) . لكن أنصار هذا التصوير يدفعون هذا النقد بأن هذه الحالة تعد استثناء من صفة الدوام في حق الملكية بالمعنى الذي يرون^(٣) .

٢٢ - ب - أما البعض الآخر، فيقصد بهذا الوصف، أن الملكية - على العكس من الحقوق العينية الأصلية الأخرى - لا تسقط بعدم الاستعمال^(٤) . فمهما طالبت المدة التي لا يستعمل فيها المالك حقه، لا تزول عنه ملكيته، وإن أمكن أن يكتسبها شخص آخر بطريق التقادم المكسب، إن توافرت شروطه^(٥) .

وهم يبررون هذه التفرقة بين حق الملكية وما عداه من الحقوق العينية الأصلية

(١) راجع في الخلاف حول مدى جواز التخلي عن ملكية العقار: السبوري ج، ٨، بند ٣٣٠، الصلة بند ١٣.

(٢) أنظر في هذا المعنى: إسحاق طاتم ص ٣٣، منصور مصطفى منصور ص ١٨.

(٣) أنظر: شهابس (في مازي) ص ٩٥، بند ١٣٤٨، الصلة ص ٢٠، بند ١٤٤، محمود جمال الدين زكي ص ٣٧، بند ١٧.

(٤) (٥) أنظر: من الفقه والقضاء الفرنسيين:

باندراك (م)، المرجع السابق ص ١٢٤ وما بعدها بند ١٢٤، شهابس (في مازي) ص ٧٦ (الملخص)، ص ٩٥

وما بعدها بند ١٣٤٩، يفلان - لاثور، المرجع السابق ص ٤٧،

Cass (Ass. plénière) 23/6/1972 D 1972-705 et concl. LONDON J.c.p 1973-2-17331 et note GOUBEAUX et JEGOUZO, G.P 1977-2-579 et note CABANAC (J), R.T 1973-147 et obs. BREDIN.

ومن الفقه والقضاء العربي:

السبوري ص ٥٣٦، بند ٣٣٠، الصلة ص ٢١، بند ١٥، محمود جمال الدين زكي ص ٣٨،

بند ١٨، البدرأوي ص ٢٣، ٢٢، بند ١١، نقض مصري ١٩٧٠/٥/١٢ (مجموعة خلف

١٩٧٩-٤١٦، ٢٩/١/١٩٨٠ (مجموعة خلف ٨٤).

الأخرى، وهي التفرقة التي تسند لها نصوص المجموعة المدنية، بأن هذه الطائفة الأخيرة من الحقوق، إنما تحد من سلطات المالك. الأمر الذي يبرر سقوطها بعدم الاستعمال حتى تعود للمالك سلطاته كاملة على الشيء. أما سقوط حق المالك بعدم الاستعمال فلا مبرر له، مادام أن أحداً لن يستفيد من هذا السقوط^(١).

غير أن هذا التبرير، لا يروق لبعض آخر من الشراح، يراه أثراً من آثار صفة الإطلاق التي كانت تنصف بها الملكية في ظل المذهب الفردي، ولا يتفق ومصلحة الجماعة، التي تقتضي إسقاط الملكية بعدم الاستعمال، الذي لا يحرم المالك وحده من منافع الشيء وإنما يحرم منها المجتمع كله^(٢). ويفضل - ونفضل معه - لو قرر المشرع سقوط الملكية بعدم الاستعمال، على أن تؤول بعد سقوطها للدولة^(٣).

فيذا ما أمكن تصور مثل هذا التقرير، أمكن القول بأن صفة الدوام، - بمعنى عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال - لا ترجع إلى طبيعة حق الملكية ذاته، وإنما تستند إلى تنظيم تشريعي يمكن تغييره.

٢٣ - ج - وأخيراً، يرى جانب آخر من الشراح أن الملكية حق دائم، تعبراً عن أن هذا الحق لا يقبل التوقيت بطبيعته^(٤)، وذلك لما يحمله صاحبه من سلطة التصرف في الشيء ولو بإعداده، الأمر الذي لا يتصور معه إمكان الاتفاق على نقل الملكية لشخص مامدة مؤقتة، تؤول بعد انتهائها للمالك الأصلي. لأن هذه الأيلولة قد يحول دونها حق المالك المؤقت في إعداد الشيء بها له من حق التصرف فيه بموجب ملكيته^(٥) بينما لا يرى

(١) في هذا المعنى السهوري ص/ ٣٧ في الهامش، الصدة ص/ ٢١، بند/ ١٥.

(٢) أو كما يقول مارتى وريتو، عن عدم الاستعمال هذا، أنه:

«la utilité commune qu'elle doit satisfaire».

مارتى وريتو، المرجع السابق ص/ ٥٦، بند/ ٤٩، وفي نفس المعنى: الصدة ص/ ٢٢، بند/ ١٥، وبني باج وديكرز مشار إليها فيه هامش ٢.

(٣) وفي بعض القوانين الخاصة في مصر، ما يتجه هذا الاتجاه. فقانون الإصلاح الزراعي، مثلاً يقضى بإسقاط حق الملكية إذا ما أحمل من وزعت عليه الأرض ولم يتم بذلك العناية الواجبة في زراعتها (إذ يجوز في هذه الحالة إلغاء القرار الصادر بتوزيع الأرض عليه واستردادها منه، ما لم تكن قد مضت خمس سنوات على إبرام العقد النهائي)، مادة/ ١٤-٣ من قانون الإصلاح الزراعي، معدل بقانون ٥٥ لسنة ١٩٥٥.

(٤) شهاباس (في مازر) ص/ ٩٤ وما بعدها بند/ ١٣٤٨، السهوري ص/ ٣٩ وما بعدها بند/ ٣٣١، البراوي ص/ ٣٣، بند/ ١١، محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٩، ٤٠، بند/ ١٩، شفيق شحاتة: النظرية العامة للحق العيني ١٩٥١ ص/ ١٠١، جميل الشرقاوي: دروس في الحقوق العينية الأصلية (الكتاب ١ في حق الملكية) ط/ ١٩٧١، ص/ ٢٧ وما بعدها، وعكس ذلك: أنثاس (كريستيان) ص/ ٧٦، بند/ ٥٥.

(٥) أنظر الفقه المشار إليه في الهامش السابق.

البعض الآخر في طبيعة حق الملكية ما يحول دون توقيته بمدة معينة، بحيث إذا انقضت هذه المدة ولم يباشر المالك المؤقت سلطته في التصرف المادي، آلت الملكية إلى المالك الأصلي. وهم يرون في بعض نصوص المجموعة المدنية ما يؤيد مثل هذا الاستخلاص.

فالمادة/٣٨١٠ مدني مصري، المقابلة للمادة/٩٧٨ مدني كويتي، تقضي، مثلاً بأنه «يجوز للمالك المباني القائمة على أرض الغير، أن يرهنها. وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتب حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الانقضاء إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقاً لأحكام الالتصاق»^(١)، ويفيد هذا النص أن المباني إذا آلت إلى مالك الأرض فإنها تؤول إليه خالية من الرهن، وهو مالا يستقيم إلا بالتسليم بأن الرهن قد نشأ ابتداء على ملكية مؤقتة^(٢).

الخلاصة:

٢٤ - وهكذا يبدو من كل ما تقدم، أن الخاصية الوحيدة التي حظيت بإجماع الشراح، من بين ما قبل من خصائص حق الملكية، هي أنها حق جامع.

(١) أما نص المادة/٩٧٨ مدني كويتي فيجري على النحو التالي: «يجوز للمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها رهناً رسمياً، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتب حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الانقضاء إذا هدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إن استبقى المباني».

(٢) أنظر: أساعيل خانم ص/٣٨، بند/٢٠، الصلصة ص/٢٣، بند/١٦، منصور مصطفى منصور ص/٢٦، أحمد سلامة ص/٧٤، ومن الفقه الفرنسي: أتياص (كريستيان) ص/٧٦، بند/٥٥.

الباب الأول
أسباب كتب المكية

تعداد أسباب كسب الملكية في التقنين المدني^(١) ، وتحديد إطار الدراسة :

٢٥ - فضلا عن التصرف القانوني، تتعدد الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى كسب الملكية. ويمكن تصنيف هذه الأسباب في طوائف ثلاث:

فمنها ما يؤدي إلى كسب الملكية ابتداء، أي دون أن تنتقل من مالك سابق، وهو الاستيلاء. ومنها ما يكسب الملكية عن طريق انتقالها بين الأحياء، وهو الانتصاف، والشفعة، والحيازة. ومنها أخيرا، ما يكسب الملكية انتقالا بسبب الوفاة، وهو الميراث والوصية^(٢).

وقد التزم المشرع الكويتي هذا التصنيف عند معالجته لأسباب كسب الملكية في المواد من ٨٥٧ - ٩٤٣، واضعاً التصرف القانوني (بطبيعة الحال) ضمن الأسباب المؤدية لكسب الملكية انتقالا بين الأحياء.

وبدیهي أن لا محل - في هذا المؤلف - للوقوف بدراسة مستقلة عند التصرف القانوني كسبب ممكن لكسب الملكية. فهو سبب ممكن لإنشاء أو نقل الحق ليس ينحصر حق الملكية دون سواء وإنما يمكن أن يكسب أي حق عيني آخر.

وانطلاقاً من هذه الحقيقة، فإن المشرع نفسه، عندما أورده ضمن أسباب كسب الملكية، اكتفى (في المواد القليلة التي خصصها له وهي المواد من ٨٨٨ - ٨٩٠) بتقرير مبدأ إمكان انتقال الملكية به، شأن الملكية في هذا شأن أي حق عيني آخر، مشروطاً لذلك أن يكون المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه^(٣). ليحدد بعد ذلك وقت هذا الانتقال، مفرقا فيه بحسب ما إذا كان المتصرف فيه منقولاً أم عقاراً، وفي الفرض

(١) يلاحظ أن من الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى كسب الملكية، ماورد تنظيمه خارج إطار التقنين المدني.

من ذلك أحكام رصو المزداد في البيوع الجبرية، المنظمة ضمن تقنين المرافعات

(٢) وجاء في حكم محكمة النقض في مصر، أن أسباب كسب الملكية حددها القانون على سبيل الحصر وأنظر نقض ١٩٨٦/٥/١٥ (مجموعة خلف ١٥٣ - ٦٩) وفي نفس المعنى: نقض ١٩٨٠/٦/٢٦ (مجموعة خلف ١٧٣-٧٥)، وفي الحكم الأخير أضافت إلى: الاستيلاء والميراث والوصية والمقد والشفعة والانتقام المكسب، أحكام رصو المزداد في البيوع الجبرية.

(٣) فنفى المادة ٨٨٨ بأنه: «تنتقل الملكية، كما تنتقل أو تنشأ الحقوق العينية الأخرى، في المنقول والعقار، بالتصرف القانوني، إذا كان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين التاليتين».

الأول، بين ما إذا كان المنقول معينا بذاته أو معينا بنوعه^(١). وكل هذه أمور سبق للطالب دراستها في النظرية العامة للعقد، ثم عاد لدراستها ضمن دراسته لعقد البيع.

وأما عن الميراث، فقد أحال المشرع هو نفسه، فيه، إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها^(٢) ومن ثم فسوف يخرج بدوره من إطار الدراسة في هذا المؤلف.

ونفس الأمر في الوصية، فقد شملتها بدورها الإحالة إلى نفس المواضيع^(٣). فقط، حرص المشرع فيها، على تقرير قرينتين، من شأنها اعتبار التصرف المؤدي إلى كسب الملكية وصية، إلى أن يقوم الدليل على العكس. ويكون - من ثم - انتقال الملكية إلى المتصرف إليه، في حالتي هاتين القرينتين، في حدود وبشروط ما يصح الإيصاء به.

وإحدى هاتين القرينتين خاصة بتصرف الشخص في مرض موته. وفكرة مرض الموت هذه من أفكار الشريعة الإسلامية، ويسهب في تفاصيلها المتخصصون من شراحها. فنحيل - من ثم - فيها إلى مؤلفاتهم، مكتفين بإثبات النص المنظم لهذه القرينة في التفتين المدني، وهو يجري على النحو التالي:

(١) كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية.

(٢) وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف تم من المورث وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

(٣) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت العكس (مادة ٩٤٢).

أما القرينة الثانية، المنصوص عليها بالمادة ٩٤٣ فهي من الموضوعات التي يهتم بها فقه القانون المدني. وهي تعالج عادة في المؤلفات الخاصة بعقد البيع، من حيث يغلب

(١) تنفيضي المادة ٨٨٩ بأنه:

١ - إذا كان للتصرف فيه متولاً معينا بذاته، انتقل الحق أو نشأ فور إبرام التصرف.

٢ - إذا كان المنقول معينا بنوعه فلا ينتقل الحق أو ينشأ إلا بإفرازه.

٣ - كل ما سبق ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بخلافه.

وتنفيضي المادة ٨٩٠ بأنه: وإذا كان المتصرف فيه عقاراً فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري.

(٢) تنفيضي المادة ٩٤٠ بأن وتعين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.

(٣) تنفيضي المادة ٩٤١ بأنه: تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.

أن يتخذ التصرف الذي يعتبره المشرع في حكم الوصية، صورة عقد بيع . وقد سبق للطالب دراسة هذه القرينة ، فنكتفي بإثبات نص المادة/٩٤٣ عليها ، وهو يجري على النحو التالي : «إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحياته العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، مالم يقيم دليل يخالف ذلك» .

تقسيم :

وهكذا تنحصر دراستنا في هذا الباب في كل من : الاستيلاء ، والاتصاق ، والشفعة ، والحيازة .

ونخصص لكل من هذه الأسباب ، فصلا مستقلا .

الفصل الأول

الاستيلاء - Occupation^(١)

نص قانوني:

تنص المادة/٨٧٥ مدني على أن: «من حاز متقولا مباحا بنية تملكه، ملكه». ويقابلها، في مصر، نص المادة/٨٧٠ التي تقضي بأن «من وضع يده على متقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه».

التعريف بالاستيلاء، وتمييزه عن غيره، والنطاق الذي يعمل فيه:

٢٦ - يظهر من النصين السابقين أن الاستيلاء -كسب لكسب الملكية، هو حيازة شيء مباح، بنية تملكه. أو هو عبارة أكثر تفصيلا، وضع اليد أو السيطرة الفعلية على شيء لا مالك له بقصد تملكه.

٢٧ - وهو، على هذا النحو، يختلف عن الحيازة^(٢) في أنه يرد على شيء غير مملوك لأحد: إما لأنه - من أصله - مباح، أو لأنه أصبح كذلك بعد زوال الملكية عليه. فيها ترد الحيازة كسب لكسب الملكية أو كمجرد قرينة على الملك، على مال مملوك للغير، سواء أكان الحائز يعرف ذلك، أم كان يعتقد - على خلاف الحقيقة - أنه صاحب الحق في هذا المال.

وورود الاستيلاء على ما ليس مملوكا، يجعل منه سببا لكسب الملكية في الحال، دون حاجة لاستمرار وضع اليد على الشيء المستولى عليه مدة معينة. ولذات السبب فإنه لا يرد إلا على المتقولات، دون العقارات. فالأولى وحدها هي التي يمكن أن تكون بغير

(١) انظر في تنظيم الاستيلاء كسب للملكية في القانون الفرنسي: رينو (في مارتى ورينو) ص/٨١٧-٥٢٠. البشود/٤١٥، ٤١٦، شاباس (لي مازو وشاباس) ص/٢٨٩ وما بعدها بند/١٥٧٩، ١٥٨٠، أتياش (كريستيان) ص/١٨٤ وما بعدها بند/١٥٦.

(٢) قارن: محمد ليب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية (بلون سنة نشر) ص/١٥٤، بند/١٥٦ (حيث يعتبره صورة من صور الحيازة المكسبة للملكية فورا) وأنظر أيضا: أتياش (كريستيان) حيث يرى فيه «صورة مصغرة للحيازة» ص/١٨٥، بند/١٥٦.

مالك. أما الثانية فإنها لا يمكن أبدا، في ضوء التنظيم القانوني الحالي، إلا أن تكون مملوكة. إذ تنضي المادة/٨٧٨ بأن «كل عقار لا مالك له يكون ملكا للدولة»^(١) فضلا عن صراحة نص المادة/٨٧٥ في قصر التملك بالاستيلاء على المنقولات.

وفي هذا فارق مهم آخر، في النطاق، بين الاستيلاء والحيازة. فالأخيرة، كسبب لكسب الملكية أو كقرينة على الملك، ترد على كل من المنقول والعقار، على ما سنراه في موضع لاحق.

عنصر الاستيلاء:

٢٨ - ويظهر من نص المادة/٨٧٥، أن الاستيلاء كسبب لكسب الملكية، يقوم في عنصرين: عنصر مادي وهو الحيازة، وعنصر معنوي، وهو نية التملك. وتوافر هذين العنصرين يكفي لكسب الملكية بالاستيلاء، في الحال، دون حاجة لأي عنصر آخر. وتحديدًا فإنه لا يلزم هنا ما قد يستلزمه القانون أحيانا لإمكان كسب الملكية بالحيازة-pos session من ضرورة توافر حسن النية والسبب الصحيح، كما سنرى في حينه. وأساس ذلك أن الشيء الذي يرد عليه الاستيلاء هو، كما قلنا، منقول لا مالك له. فتملكه لا يتضمن سلبا للملكية الغير^(٢).

٢٩ - ويقوم العنصر المادي، قوام الاستيلاء، في إحراز المنقول، أي في الاستحواز الفعلي عليه استحوازا يجعله تحت السيطرة المادية الفعلية لمحرزه. ويتفرع على ذلك أن الاستيلاء كسبب للملكية، يكون مقصورا بالضرورة على الأشياء المادية دون الأشياء المعنوية. فالأولى وحدها هي التي تقبل الاستحواز على التحديد السابق.

على أن يلاحظ أن الحق المعنوي يختلف عن الشيء المادي الذي قد يخرج إلى الحياة متجسدا فيه: كمقطوعة موسيقية تطبع على اسطوانة أو رواية أدبية تطبع في كتاب... الخ. ومن ثم فليس ما يمنع من تصور إمكان كسب ملكية الشيء المادي الذي تجسد فيه الحق المعنوي، بالاستيلاء عليه، إذا كان هو نفسه غير مملوك لأحد لحظة

(١) والأمر لا يختلف عن ذلك في القانون المصري بدوره. وتحديدًا بعد إلغاء الفقرة الثالثة من المادة/٨٧ مدني مصري (بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤)، تلك التي كانت تنظم نوعا من الاستيلاء على العقار (الأرض) لا يكفي فيه مجرد وضع اليد بنية التملك، بل كان من الواجب أن يكون مصحوبا بتعمير هذه الأرض: بزرعها أو فرشها أو البناء عليها.

(٢) في هذا المعنى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج/٩ (أسباب كسب الملكية) ص/١٧، بند/٦.

الاستحواز عليه، لكون مالكه مثلاً قد تخلى عن ملكيته. لكن، يبقى الحق المعنوي، في هذه الحالة، خارج نطاق الاستيلاء لابطاله. وبالتالي لا يكون من حق من تملك الاسطوانة أو نسخة الكتاب، بالاستيلاء، أن يعيد استئصالها دون إذن المؤلف.

٣٠ - أما العنصر المعنوي، فقوامه نية التملك التي يجب أن تكون متوافرة لدى محرز المنقول حتى يمكن القول بأنه قد تملكه بالاستيلاء عليه.

فلو التقط - على سبيل المثال - شخص شيئاً ملقى في الطريق بدافع الفضول، ولما تأمله زهد فيه فألقى به إلى الطريق ثانية، فإنه لا يكون قد تملكه في أي لحظة، ولا خلال الفترة التي استحوز عليه فيها، لأنه لم يكن لديه إذ ذاك نية تملكه^(١).

لكننا لا نعتقد في دقة ما يقول به البعض^(٢)، تأكيداً على معنى ضرورة توافر نية التملك لدى محرز الشيء، من أن الإحراز الذي يتم «من قبيل الصدفة» يتفنى معه الاستيلاء^(٣). فلذلك قد يحمل على الاعتقاد بأن نية التملك لا تتوافر أبداً إلا إذا كان الإحراز مدبراً. وهذا غير صحيح. فليس ما يمنع - في اعتقادنا - أن تتوافر نية التملك لدى الحائز ولو كان الشيء قد وقع في حوزته بالمصادفة البحتة، مادام أنه قد استحس هذه المصادفة فقبض على الشيء بقصد تملكه. كطير برى أنهكه طول السفر فسقط في دار شخص فالتقطه بنية تملكه، مهتماً نفسه بحسن حفظه.

٣١ - ولما كانت نية التملك واجبة، على ما قدمناه، فإن عديم التمييز كالمجنون، والصبي غير المميز، لا يستطيع أن يملك منقولاً بالاستيلاء، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز.

٣٢ - وهذا في الأعم الأغلب، تكون الظروف المحيطة بالاستحواز على المنقول، ناطقة في معنى توافر نية التملك لدى محززه. والأمر، في النهاية، على كل حال، لتقدير قاضي الموضوع وفق ظروف كل حالة.

(١) أنظر: السهوري الوسيط، للموضع السابق.

(٢) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية ج/٢ (أسباب كسب الملكية) مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩١، ص/١٤، بند ٥.

فروض التملك بالاستيلاء

ملاحظة أولية:

٣٣ - ورد في المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨٧٥ (واستحسنه كذلك بعض الشراح)^(١)، أن المشرع آثر مصطلح، «منقولاً مباحاً» على عبارة «منقول لا مالك له» التي استعملها المشرع المصري في النص المقابل.

وبررت ذلك، بأن كون المنقول لمالك له لا يكفي حتى يصبح مباحاً يملكه من يحوزه. ودعمت هذا التبرير بالمسلك الذي اتبعه القانون الألماني في معالجة نفس الموضوع. فهو (أي القانون الألماني) بعد إذ وضع القاعدة في أن من يحوز منقولاً لمالك له بنية تملكه يصبح مالكا له، أضاف أن الملكية لا تكتسب إذا كان التملك ممنوعاً بحكم القانون أو كانت الحياة قد تمت بالمخالفة لحق الغير في التملك. فرأى المشرع (الكويتي) في تعبير «منقول مباح، الذي أخذه من الفقه الإسلامي - ما يفي عن هذين القيدين».

٣٤ - وواقع الأمر، أن القيدتين سابقي الإشارة مفهومان، حتى مع الصياغة التي استخدمها المشرع المصري:

فالتعبير «لامالك له» يفيد تقييد الاستيلاء بضرورة ألا يتم بالمخالفة لحق الغير في التملك.

أما تقييد الاستيلاء بضرورة ألا يكون كسب الملكية به ممنوعاً بحكم القانون، فليس من لزوم للتعبير عنه في النص، لا بعبارة صريحة ولا بلفظ يدل عليه. إذ هو مفهوم من النص بالضرورة. لأن المفروض في أسباب كسب الملكية جميعاً، ومنها الاستيلاء، أنها شرعت طريقاً لكسب ملك يميزه القانون لا يحظره. وإلا فما بال المشرع لم يضمن بقية النصوص المنظمة لأسباب كسب الملكية الأخرى تلك اللفظة السحرية المعبرة عن هذا القيد مادام ذلك ضرورياً.

وهكذا، فنحن لا نرى كبير فرق، في حقيقة الأمر بين التعبير في هذا الموضوع

(١) انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/ ١٨-١٩، بند/٩.

بـ«المنقول المباح» أو المنقول الذي «لامالك له».

٣٥ - فإذا ما كان ذلك، وعدنا إلى موضوعنا، قلنا أن المنقول المباح أو غير المملوك الذي يمكن أن يكون عللاً للاستيلاء، يعرض، عملاً في الفرضين التاليين:

أ - منقولات لم يسبق لأحد تملكها:

٣٦ - ويدخل في هذا النوع من المنقولات، الأشياء المشتركة، كالهواء، ومياه الأنهار، أو البحار. فهي وإن كانت بحسب طبيعتها من المباحات، إلا أن من يستولى على كمية منها، بأن يستأثر بحيازتها بنية تملكها، يملكها فور الاستيلاء.

٣٧ - كذلك يدخل في عداد هذا النوع من المنقولات، الحيوانات والطيور غير الأليفة مادامت طليقة (م/٨٧٦-٢) وكذلك الأسماك في البحار أو الأنهار. والاستيلاء على هذه الأشياء يكون باصطيادها. ويكفي فيه أن تصبح في حالة تعجز معها عن الفرار. فيمتلكها صائدها على الفور حتى ولو لم تقع في حوزته بالفعل مادام بإمكانه أن يحوزها. كما لو وقع الصيد مثلاً في أرض الغير^(١). أو وقع السمك في شبكة الصائد ولو لم يخلصه منها.

٣٨ - ومفهوم من هذا أن صيد البحر (أو النهر) يتم في مياه عامة. أما الأسماك التي تستزرع في مزارع سمكية خاصة بغرض تكاثرها، أو بوجه عام التي توجد في مياه خاصة^(٢) كالترع أو المساقى الخاصة أو مزارع الأرز في بعض البلاد، فإنها تكون - بداهة - مملوكة للمالك المزرعة أو التربة أو المسقاة، فلا يرد - من ثم - الاستيلاء عليها. ويكون صيدها بدون إذن صاحبها من قبيل السرقة.

أما إن توافر الشرط السابق (وهو عمومية المياه)، فإن الصائد يملك نتائج الصيد ولو قام بهذا الأخير بالمخالفة للوائح المنظمة له. فهذه اللوائح لا تتناول - في الواقع - إلا تنظيم رخصة الصيد، أو بعبارة أخرى، تنظيم ممارسة الصيد، لا ملكية صيد البحر أو النهر التي تظل خاضعة للقانون المدني^(٣).

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي: 214-1-1822 D 1922 crim 25/3/1922

(٢) أنظر في هذا المعنى:

WEILL (A) et TERRÉ (F) et SIMLER (ph) Droit civil, les biens, 36d Dalloz 1985 p 372 No.

430, GOUBEAUX obs. jcp 1974-2-176.

(٣) في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي ص/٢٦٦، بند ١٤٦.

فقد جرت العادة - مثلاً - في الكويت على أن تحظر السلطات المختصة صيد الروبيان خلال فترة زمنية محددة من كل سنة بهدف الحفاظ على تكاثره. كما أنها - في الفترات المسموح بالصياد فيها تحدد شروطاً تنظم عملية الصيد، كذلك التي تتعلق بأماكنه الجائزة وبمواصفات الشباك... الخ. فإذا قام شخص بعملية الصيد خلال فترة المنع أو الحظر، أو بالمخالفة للشروط، تملك بالاستيلاء ما اصطاده وإن كان يتعرض للجزاءات المقررة لمخالفة اللوائح المنظمة، والتي قد يكون من بينها مصادرة ما اصطاده^(١).

٣٩ - وفي صيد البر، عادة ما لا يكون هناك من مشكلة، إذ الفرض في هذا النوع من الصيد أنه يتم - في الغالب - في أماكن عامة ومن ثم على حيوانات أو طيور غير مملوكة لأحد: كصيد الغزلان في الصحاري أو الطيور في الهواء.

لكن قد يحدث أن تكون هناك براري خاصة أو غابات خاصة. عندئذ يكون حق الصيد في هذه الأماكن مقصوراً على مالكها، بحسابه يدخل ضمن السلطات التي يخولها له حق ملكيته للمكان. إنساناً، إذا صاد الغير حيواناً برياً أو طيراً برياً من هذه الأماكن، ولو بدون إذن صاحبها، فإنه يملك بالاستيلاء ما اصطاده، لأن الصيد وقع - حتى في هذا الفرض - على حيوان أو طير غير مملوك لأحد (وإن أوى إلى مكان مملوك). كل ما في الأمر أن الصياد قد يتعرض للحكم عليه بالتعويض في مواجهة مالك الأرض إن كان أصابه ضرر من جراء ذلك.

ب - منقولات أصبحت لا مالك لها:

٤٠ - ويدخل في هذا النوع من المنقولات، الحيوانات والطيور غير الأليفة التي تم إحرازها فأصبحت مملوكة للحائز ثم عادت طليقة ولم يتبعها المالك فوراً أو كفَّ عن تتبعها. وكذلك ماروَّض منها وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة مادام طليقاً وكف صاحبه عن تتبعه (م/٨٧٦-٣).

٤١ - كما يدخل في هذا النوع أيضاً، الأشياء «المتركة» وهي المنقولات التي كانت مملوكة، ثم تخل عنها المالك بقصد النزول عن ملكيتها. فالمنقول، أي منقول، «يصبح... مباحاً، إذا تخل عنه مالكة بنية النزول عن ملكيته» (م/٨٧٦-١).

وفي الغالب الأعم، تكون هذه الأشياء من المنقولات قليلة القيمة. إنها يلزم في كل

(١) وتقضي المادة ٨٧٩ مدني بأن «الحق في صيد البر والبحر... و... و... تنظمه تشريعات خاصة».

الأحوال أن تكون لدى مالكيها «نية الحقيقية في تركها»^(١) وهذه مسألة يمكن استخلاصها من ظروف الحال^(٢).

٤٢ - على أن هناك عدة ملاحظات يجب مراعاتها:

١ - أن الأشياء المتروكة، إذا كانت تتضمن مصنفات فكرية، فإن الترك لا يرد إلا على الشيء المادي الذي تجسد فيه هذا المصنف. فإذا استولى أحد الأشخاص على هذا الشيء كسب ملكيته بالاستيلاء. لكن هذا الأخير لا يطال حق المؤلف في المصنف الفكري. فلو أن مؤلف رواية، مثلا، وجد أن إحدى نسخها أصبحت بشكل غير لائق، فقام بتمزيقها وألقى بها إلى سلة المهملات، فلا يكون لمن استولى على ما بالسلة، أن يقوم بتجميع أجزاء الرواية الممزقة ونشرها لحسابه^(٣).

٢ - أن نية التخلي عن الشيء المتروك بقصد النزول عن ملكيته، ليس يلزم منها دائما، أن يصبح الشيء مباحا يجوز لأي شخص أن يملكه بالاستيلاء عليه. فقد يتضح من الظروف أن نية التخلي اتجهت إلى عكس ذلك تماما، بمعنى أنه إن كان يقصد التخلص من الشيء، هذا صحيح، إلا أنه لم يقصد أبدا أن يملكه غيره. كأن يمزق أحد الأشخاص أوراق تحتوي أسرار شخصيه جدا يحرص على عدم علم الغير بها. لذلك فإنه يلزم في حالة الترك، وإلى جانب ثبوت اتجاه نية التارك إلى التخلي عن ملكية الشيء المتروك، أن يكون هذا التخلي غير مقترن بالرغبة في عدم تملكه من أحد^(٤). وهذه مسألة واقع، يستظهرها قاضي الموضوع، في ضوء ظروف كل حالة.

٣ - أنه يجوز لمالك الشيء الأصلي، الذي سبق أن فقد ملكيته له بتركه، أن يعود فيستولي عليه من جديد، إذا لم يكن أحد قد استولى عليه من قبل. وعند ذلك، فإنه

(١) في هذا المعنى: رينو (في مارتى ورينو) ص/ ٥٢٠، بند/ ٤١٥.

(٢) أنظر في تطبيق - مشكوك في صحته - لهذه الحالة، حكم:

Colmar 13/12/1951 - 1952 - 132

حيث كان الأمر يتعلق بأنقاض هدم بنى السلك الحديدية.

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي، في هذا المعنى:

Tr. clv Seine 15/11/1927 D.1928-2-8 et note NAST; et S 1928-2-137 et note CHAVEG-

RIN, Paris 6/3/1931 D 1931-2-88 et note NAST

(٤) قرب من هذا المعنى: السبوري ج/ ٩، ص/ ٢٥، بند/ ١٠ (حيث يفهم العنصر المعنوي في الترك بأنه نية التخلي عن الشيء «وتركه ليستولي عليه أول إنسان يمر عليه فيحوز»).

بملكه مرة أخرى، ولكن بسبب جليد هو الاستيلاء^(١).

٤٣ - غير أن الأشياء المتروكة، تختلف عن الأشياء الضائعة أو المفقودة، والتي لا يمكن أن تكون محلاً للاستيلاء. وذلك بداهة لأن فقد الشيء لا يتضمن معنى التخل عن ملكيته. ومن ثم يبقى هذا الشيء مملوكاً للمالك ولو كان قد خرج عن حيازته. بل على العكس، عادة ما توجب التشريعات المقارنة، على من يعثر على شيء ضائع أن يتخذ من الإجراءات ما يمكن من إعادة هذا الشيء إلى مالكه بما لا يتسع المقام لعرضه^(٢). أكثر من ذلك ينظم القانونان المدنيان الكويتي والمصري (الأول: بالمادة ٩٣٩، والثاني بالمادة ٩٧٧) حتى مالك المفقول (أو السند لحامله)، أو صاحب الحق العيني عليه، إذا فقدته (أو سرق منه) في أن يسترده، حتى ممن يكون قد حازه بسبب صحيح وحسن نية، ولكن خلال مدة معينة وبشروط معينة سنجد المناسبة لعرضها في موضع لاحق^(٣).

٤٤ - على أن يلاحظ، أنه إذا كان المعيار في التفرقة بين الأشياء المتروكة والأشياء المفقودة، يقوم - كما بدأ مما تقدم - في نية التخل عن ملكية الشيء، تلك النية التي تتوافر بالنسبة للأولى فيجوز من ثم أن تكون محلاً للاستيلاء دون الثانية، إلا أن المشرع قد خرج عن هذا المعيار في خصوص الحيوانات غير الأليفة التي أصبحت مملوكة بالاستيلاء

(١) في هذا المعنى: السنهوري ج/٩، ص/٢٦، بند/١٠.

(٢) ففي مصر، وبموجب الأمر العالي الصادر في ١٨ مايو ١٨٩٨ يجب على كل من يعثر على شيء أو حيوان ضائع، ولم ينسر له رده إلى صاحبه في الحال، أن يسلمه أو يبلغ عنه إلى أقرب نقطة للبوليس في المدن في ظرف ثلاثة أيام، أو إلى العمدة في القرى في ظرف ثمانية أيام، وألا يحكم عليه بغرامة. وإذا احتفظ بالشيء أو الحيوان بنية تملكه يعتبر سارقاً. أما إذا قام بواجب التسليم فيستحق مكافأة قدرها عشر قيمة الشيء. وإذا لم يطلب المالك الشيء خلال سنة، أو لم يطلب الحيوان خلال عشرة أيام، فتبيح الإدارة الشيء أو الحيوان بالزاد. وإذا كان الشيء قابلاً للتلف جاز بيعه في ميعاد أقصر بعينه المحافظ أو المدير. ويبقى الثمن محفوظاً على ذمة المالك مدة ثلاث سنوات. فإذا طلبه خلال هذه المدة سلم إليه بعد خصم مصروفات الحفظ والبيع ومكافأة من عثر على الشيء أو الحيوان. فإذا مضت الثلاث سنوات دون أن يتقدم لطلبه فيضاف باقي الثمن إلى أموال الدولة.

وفي الكويت تقضى المادة ٨٧٩ مدني بأن «الحق في اللقطة تنظمه تشريعات خاصة».

(٣) وتنص المادة ٢١٨ من قانون الجزاء الكويتي على أنه: «بعد سارقاً من يلتقط شيئاً مفقوداً بنية امتلاكه، سواء توافرت لديه هذه النية وقت الالتقاط أو بعد ذلك».

(٤) انظر لاحقاً بند/٢٩٩ وما بعده.

عليها، على ما بيناه. فهذه الحيوانات، إذا عادت طليقة، ولو كان ذلك ضد رغبة من تملكها فإنها تصبح مباحة، مادام أنه لم يتبعها فوراً أو كف عن تتبعها. ونفس الأمر فيما يتعلق بما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له، إذ يعود فيصبح مباحاً إذا فقد هذه العادة، ولو كان ذلك بالفرض ضد رغبة صاحبه، مادام طليقاً وكف صاحبه عن تتبعه.

الأحكام الخاصة بالكنوز والآثار

أ - الكنز *le trésor*:

٤٥ - يعرف الكنز بأنه المنقول المدفون أو المخبوء، والذي لا يعرف له مالك. فيجب - من ناحية - أن يكون منقولاً، لأن العقارات المدفونة في الأرض - ما لم تكن من قبيل الآثار - تعد جزءاً من هذه الأرض ولا يصدق عليها وصف الكنز. ويجب - من ناحية أخرى - أن يكون هذا المنقول مدفوناً أو مخبوءاً، لأن المنقول الثمين، الذي لا يعرف له مالك، والذي يوجد في مكان ظاهر، إنما يعتبر في الواقع من قبيل الأشياء الضالعة ويسرى عليه حكمها. كما يوجب القانون الفرنسي - من جهة ثالثة - أن يكون هذا المنقول «معثوراً عليه بمحض الصدفة» (م/٧١٦/٢ مدني فرنسي).

والغالب أن يكون الكنز مدفوناً في عقار. بل إن هذا هو ما تصوره المشرع المصري عن الكنز في المادة ٨٧٣^(١).

لكن جانباً كبيراً من الشراح يرون - بالرغم من حرفية النص - أن وصف الكنز يصدق كذلك على المخبوء في منقول، كما لو أخفيت مثلاً أوراق نقد في صفحات كتاب^(٢). وهذا التوسع تستجيب له الصياغة العامة التي اعتمدها المشرع الكويتي في المادة ٨٧٧.

وحيث يصحح هذا التفسير الموسع، يجب التنبيه، مع ذلك، إلى أنه، إذا كان مالك

(١) حيث تقضي بأن الكنز يكون: لملك العقار الذي وجد فيه... أو المالك وراثته.

(٢) من هذا الاتجاه: محمود جمال الدين زكي ص/٢٧١، ٢٧٢، بند/١٤٨، البدرادي ص/٣١٣، بند/٢١٩: الصلة ص/٢٩٧، بند/١٩٥، أنور طلبة ص/١٥٧* ومن الفقه الفرنسي: رينو (في مارتى ورونيو) ص/٥٢١، بند/٤١٦، شاباس (في مازو) ص/٢٩١، بند/١٥٨٢، وفي القضاء الفرنسي:

Tr. Toul 15/10/1947 G. P 1947-2-247

وقارن مع ذلك، عبد الفتاح عبد الباقي. دروس الأموال ١٩٥٦ بند/١٩٩.

المنقول المخبوء به الكنز غير مالك العقار الذي يوجد فيه هذا المنقول، فإن الذي يستحق أربعة أخماس الكنز، على ما سنرى فيما بعد، يكون هو مالك المنقول وليس مالك العقار.

٤٦ - وقد نظمت ملكية الكنز في بعض القوانين^(١)، كالقانون المدني المصري، على نحو يتضح منه أن أساس هذه الملكية ليس هو الاستيلاء، لأنها لم تجعل الكنز ملكاً لمن يعثر عليه ويجوز به بنية تملكه، وإنما جعلته للمالك العقار الذي وجد فيه أو المالك رقبته هذا العقار إن كان تقرر عليه حق انتفاع للغير^(٢). ويصدق نفس التحليل على من يستحق في الكنز أربعة أخماسه، في القانون الكويتي، حيث تقضي المادة ٨٧٧ بأن: «الكنز المسدسون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون خمسة لمن يعثر عليه^(٣)، والباقي للمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز، أو المالك رقبته، أو للواقف أو ورثته إذا كان الشيء الذي وجد فيه موقوفاً...».

ويظهر من هذا، أن الاستيلاء، في الكنز لا يؤسس، في القانون الكويتي، إلا ملكية الخمس فيه لمن عثر عليه.

٤٧ - لكن التساؤل والحال كذلك، يظل قائماً عن أساس ملكية الأخماس الأربعة في الكنز، المقررة للمالك الشيء الذي وجد فيه، أو لمن هو في حكم المالك على النحو المبين بالمادة ٨٧٧. ونفس التساؤل يطرح من باب أولى في القانون المصري، حيث ملكية الكنز كلها ليست لمن عثر عليه وإنما للمالك العقار الذي وجد فيه أو لمن في حكم

(١) راجع في اكتشاف الكنز وآثاره القانونية، في القانون الفرنسي:

JACQUEY: De l'Invention des trésors Thèse Lille 1912.

(٢) مادة ٨٧٢ مدني مصري، وهي تقضي بأن:

«١ - الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو المالك رقبته».

٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته.

(٣) وقيل في تبرير عدم خضوع الكنز لأحكام الاستيلاء، أنه «لا يعتبر شيئاً متروكاً، ولا شيئاً لم يكن مملوكاً أصلاً، فقد كان له مالك، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخل عن ملكيته، بل الظاهر أنه كان حربصاً عليه عندما دفن أو خبأه» انظر السهموري ج/٩، ص/٢٨-٢٩، بند/١١، وفي نفس المعنى: محمود جمال الدين زكي ص/٢٧٢، بند/١٤٨.

(٤) ويكفي لاعتبار الشخص قد عثر على الكنز وأن يكون قد اكتشفه ولا يلزم أن يقع في حوزته» انظر رينو (في ماري وريغو) ص/٥٢٣، بند/٤١٦ ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في نفس المعنى:

Rennes 9/1/1951 D 1951-443.

هذا المالك.

في نظر بعض الشراح، تنهض هذه الملكية على أساس من اعتبار الكنز من ملحقات الشيء الذي وجد فيه أو من توابعه^(١). وهو تحليل منتقد، بحق، فالكنز لا يصدق عليه وصف الملحقات، وإلا لامتد إليه حق المنتفع إذا كان الشيء الذي عثر عليه فيه قد تقرر عليه حق انتفاع للغير، حين أن النصوص، سواء في الكويت أو في مصر، صريحة في أن أربعة أخماس الكنز (أو الكنز كله في مصر) تكون في مثل هذا الفرض للمالك الرقبة^(٢). لذلك، رأى البعض الآخر، أنه لا أساس للحكم الوارد في المادة ٨٧٢ مصري (أو المادة ٨٧٧ كويتي) إلا ما رآه المشرع من أن مالك العقار (أو الشيء) الذي وجد به الكنز (ومن في حكم هذا المالك)، هو أحق الناس به (أو بأربعة أخماسه) مادام لا يعرف مالكة الأصلي^(٣).

٤٨ = وكنا، ومن قبل وضع التقنين المدني الكويتي، قد سبق أن نادينا في مصر، بأن العدالة تقتضي أن يجعل المشرع لمن يعثر على الكنز نصيبا فيه^(٤). وهذا هو الحل الذي أخذ به القانون الكويتي. بل إن بعض القوانين المقارنة، أكثر سخاء مع من عثر على الكنز من القانون الكويتي. كالقانون الفرنسي، إذ بموجب المادة ١٧١٦ منه يكون لمن يعثر على الكنز نسبة النصف فيه.

٤٩ = ونحن لا نوافق، في حقيقة الأمر، على التبريرات التي ساقها الأستاذ السنهوري، دفاعا عن الحل الذي اعتمده المشرع المصري عندما أغفل جانب من عثر على الكنز كلية ولم يجعل له أي نصيب فيه. فهو يقول أن: من عثر على الكنز، إما أن يكون قد عثر عليه مصادفة، أو بناء على تكليف المالك إياه بالبحث. فإن كانت الأولى «فليس له فضل في العثور عليه ولا يستحق شيئا من أجل ذلك»، وإن كانت الثانية «فهو إنما كان يعمل لحساب المالك، ومن ثم لا يكون له حق في الكنز، والمالك يجزيه طبقا لما عسى أن يكون قد تم بينها من اتفاق، أو يرجع هو على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب»^(٥).

(١) أنظر، من هذا الانحياز: محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد ج ٢ (أسباب كسب الملكية) ١٩٥٥، بند ١٨، شفيق شحاته، المرجع السابق بند ٢٠٥، البدراني ص ٣١٤، بند ٢٢٠، ومن الفقه الفرنسي: بيدان، وفوران، وكولان وكابيتان ودي لا مورالتيير، مشار إليهم في الصلة ص ٢٩٨، هامش ٢.

(٢) أنظر: الصلة ص ٢٩٨، بند ١٩٥، إسحاق غانم ص ٤٧/٤٨، جمل الشرقي ص ٢٨٦.

(٣) أنظر: محمد شكرى سرور، دروس في حق الملكية (على الآلة الكتابة)، محاضرات القيت على طلبة كلية الحقوق فرع جامعة القاهرة بالخرطوم سنة ٧٥ - ١٩٧٦ ص ٤٠.

(٥) السنهوري ج ٩، ص ٣١٠، ٣١١، بند ١١.

ويبدو أن أستاذنا - في الوجه الأول من تبريراته على الأخص - قد فاته - أن الفرض في الكنز، أن ملكيته لم تثبت أصلاً لأحد، ولا للمالك الشيء الذي وجد فيه. فيكون - من ثم - وجوده في أرض هذا المالك بالذات من قبيل المصادفة أيضاً، وليس له من فضل في وجوده فيها.

٥٠ - وأياً ما كان الأمر، فإن الوجه الثاني من تبريرات الأستاذ السنهوري يجزنا إلى تساؤل عن الحكم فيما لو كان الكنز قد عثر عليه عدة أشخاص في إطار نشاط كانوا يقومون به لحساب غيرهم؟، كعدد من العمال يعثرون على كنز خلال تنفيذ مقالة هدم أو حفر أو رفع أنقاض مبنى.

في الإجابة على هذا التساؤل، نعتقد أن هناك فرضاً لا يثير صعوبة، وهو فرض ما إذا كان هؤلاء مكلفين بنشاط الهدف منه أصلاً هو البحث عن الأشياء التي يمكن أن تكون غبوءة. ففي هذا الفرض هم يعملون لحساب من كلفهم (كالمقاول)، فيكون هذا الأخير هو الذي عثر على الكنز بواسطة، فيكون له هو الخمس كاملاً لا يشاركونه فيه^(١). أما إن كانوا قد عثروا على الكنز خلال أعمال لم يكن الهدف من تكليفهم بها أصلاً هو البحث عن مثله، فالحل يدعو للتردد^(٢). وفيه، قضت بعض المحاكم في فرنسا بأن المقاول يكون هو، حتى في هذه الحالة، الذي عثر على الكنز^(٣). فيما رأت محاكم أخرى أن العمال هم الذين يعتبرون قد عثروا عليه^(٤).

ب - الآثار (إحالة) les épaves

٥١ - أما الآثار، من عقارات أو منقولات، فإنها لا تعتبر كنوزاً^(٥)، ولا تخضع لأحكام الاستيلاء، وإنما تنظمها قوانين خاصة تخرج من إطار هذه الدراسة. وفي هذا

(١) من هذا الرأي: شاباس (في مازو وشاباس) ص/٢٩٢، بند/١٥٨٤، كما أخلت به عكبة استئناف باريس، أنظر:

Paris 9/11/1948 J.c.p 1949-2-4876 et note CARBONNIER.

(٢) وقد تردد فيه أيضاً، شاباس، الموضع للشار إليه في الماشي السابق.

(٣) أنظر: Tr. civ villefranche - sur - saone 11/2/1954 G.P 1954-1-401

(٤) أنظر: Tr. civ. seine 1/8/1949 D 1949-350 et note RIPERT

(٥) لمزيد من التفاصيل في اكتشاف الكنوز راجع: جاك، رسالة ليل ١٩١٢ سابقة الإشارة.

(٦) لمزيد من التفاصيل في التفرقة بين الكنز والآثر، راجع:

MALABARD: la notion d'épave, Thèse Paris 1939.

رينو (في مازو ودين)، ص/٥٢٤، بند/٤١٧، وفي التفرقة بين الآثار والأشياء المفقودة، راجع: شاباس

(في مازو) ص/٢٩٣ وما بعدها بند/١٥٨٦.

المعنى، تقضى المادة/ ٨٧٩ مدني بأن: «الحق في ... و... والأشياء الأثرية ... تنظمه قوانين خاصة». وهي، في هذه الحالة، تشير إلى قانون الآثار الصادر بالمرسوم الأميري رقم ١١ لسنة ١٩٦٠. وقد اعتبرت المادة/ ٥ من هذا المرسوم، الآثار، من أملاك الدولة العامة.

وفي دولة فنية، يكون من الطبيعي أن ينظر إلى القدم في تحديد مفهوم ما يعتبر أثرا، نظرة تختلف عن نظرة الدول التي تضرب بجذورها في الحضارة الإنسانية البالغة القدم. وهكذا تكتفي المادة/ ٣ من قانون الآثار سابق الإشارة في تحديدها للأثر بأنه «كل ما صنعه الإنسان أو أنتجه قبل أربعين سنة ميلادية»^(١).

وقد ألزم القانون المذكور كل من يكتشف أثرا منقولاً أو يعثر عليه بطريق الصدفة أن يخبر بذلك الوزارة المختصة بشئون الآثار، خلال ٤٨ ساعة. وللجهة الإدارية أن تقرر ما إذا كانت تود الاحتفاظ بالأثر، حين يتعين عليها في هذه الحالة أن تدفع لمن اكتشفه مكافأة نقدية مناسبة، أو أن تقرر تركه في حيازته.

(١) أما في مصر، فيعتبر أثرا - وفقا للقانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١.

١٥ - كل عقال أو منقول أظهرته أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان والاخلاق وغيرها في عصر ما قبل التاريخ ولي المصور التالية إلى نهاية عصر إسرائيل.

٢ - كل عقال أو منقول يكتشف في مصر لحضارة أجنبية كان لها اتصال مباشر بمصر في عصر من العصور المشار إليها.

(٢) كل عقال أو منقول يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية في حفظه وصيانه بشرط أن يتم تسجيله طبقا للأوضاع التي ينص عليها هذا القانون ...». لمزيد من التفاصيل راجع: (الصدرة/ ٢٩٩ وما بعدها بند/ ١٩٦).

الفصل الثاني

الاتصاق

Accession

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على ثلاثة مباحث: نجعل أولها لعموميات نتناول فيها التعريف بالاتصاق ومفترضاته، وتكييفه، وصوره. ونخصص الثاني للاتصاق بالعقار. لنكرس الثالث للاتصاق بالمنقول.

المبحث الأول

عموميات

في التعريف بالاتصاق، ومفترضاته :

٥٢ - يعرف الاتصاق، عادة، بأنه: اتحاد أو اندماج شيئين غير مملوكين لشخص واحد، اندماجاً مادياً، بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف^(١) فيترتب على ذلك اكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الذي التصق به، مقابل تعويض عادل.

ولهذا الحل مبرره المنطقي، فدونه ليس إلا أحد حلين متصورين: فإما القول بالفصل بين الشيئين، وهو حل غير عملي، لما سبترتب عليه من إضرار بالشيئين معاً، من حيث يفترض الاتصاق كما قلنا اندماجاً مادياً بين شيئين يستحيل معه

(١) لكن بعض الشراح لا يقصرون فهم الاتصاق على فرض اتحاد شيئين ماديين فقط. وإنما يجعلونه يشمل الاتحاد قيمتين. ففي رسم لوحة، مثلاً بأدوات الخياطة تندمج قيمة المواد بقيمة الجهد الذي بذله الرسام. أنظر في هذا المعنى الموسع:

SAINT-ALARY (R): ENCY. D. REP. de dr. civil. vo: Accession No. 224,225.

وأنظر لاحقاً بند/ ١١١ .

الفصل بينها دون تلف. أو القول بتملك المركب الجديد من الشيئين لملكيهما معاً شركة بينهما، أي على الشيوع، كل بنسبة قيمة جزئه في هذا المركب. ولم تكن الملكية الشائعة أبداً بالنظام المستحب، نظراً لما تثيره في العمل من صعوبات وإشكالات، إلى الحد الذي دفع بالمشرع نفسه إلى النص على عدم جواز الإيجار على البقاء في الشيوع (بمقتضى التصرف القانوني) إلى أجل يجاوز خمس سنين (م ١٨٣٠-١).

٥٣ - وهكذا، يفترض الالتصاق، بوجه عام:

١ - وجود شيئين ماديين متميزين. أما إن كان ما أضيف إلى الشيء الأصلي لا يعدو أن يكون مجرد تحسين فيه أو لإصلاحه، فإنه يكون من قبيل المصروفات، ويخضع لأحكامها. أو كان لا يعدو أن يكون أحد أجزائه أو من ثماره أو من منتجاته أو من ملحقاته، إذ في هذه الحالة - يمتد حق ملكية الأصل ليشمل هذه الأشياء جميعاً، طبقاً للمادة ٨١١ التي تقضى بأن «ملكية الشيء تشمل أجزائه، وثماره، ومنتجاته، وملحقاته، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك».

٢ - أن يكون أحدهما أكبر أهمية من الآخر. حيث يفترض الالتصاق وجود شيء أصلي وشيء تابع.

وتظل الأرض، في هذا الصدد، هي دائماً، في نظر المشرع، الشيء الأصلي^(١)، حتى ولو كانت قيمتها أقل من قيمة المنقول الذي التصق بها. وبالتالي فإنه يصعب اعتبار كبر القيمة معياراً لتحديد ما يعتبر أصلياً من الشيئين. لهذا يحدد البعض مفهوم الشيء الأصلي بأنه ذلك الذي لا يتصور وجود الشيء التابع بدونه^(٢).

٣ - أن يتحد الشيئان مادياً^(٣)، بحيث يتعذر أو يستحيل الفصل بينهما دون تلف سواء تم هذا الاتحاد بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان.

(١) في هذا المعنى: نفث مصري ١٩٨٣/٢/١٦ (مجموعة خلف ٢٢٧٠٥٨٢)، محمود جمال الدين زكي ص/٢٤٤، بند/١٩٠.

(٢) أنظر: البدرائي ص/٤٤، بند/٣٠.

(٣) وفي التأكيد على هذا المعنى، ومن ثم على عدم كفاية وضع شيء في آخر دون اندماج بينهما، لتحقيق الالتصاق، يمثل البعض بالمقارنات بالتخصيص.

أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/٣٦، بند/٢٥. وهو تمثيل يفتقر إلى الدقة، لأن الفرض في المقارنات بالتخصيص أن مالك المقار هو نفسه مالك المنقول الذي وضع فيه ورصد لخدمته.

(٤) أما إذا كان هذا الفصل ممكناً بلا تلف، فلا تنطبق أحكام الالتصاق، كما هو الحال في الكثر.

٤ - ألا يكون الشئان - عند التصاقها - مملوكين لنفس المالك . إذ الالتصاق هو ، في التحليل الدقيق ، وكما سنرى سبب لكسب ملكية جديدة .



هذه هي المفترضات العامة ، أي التي يفترضها الالتصاق في جميع صورته . وإلى جانبها ، فإن لكل صورة من صور الالتصاق مفترضاتها الخاصة بها ، سنعرض لها في حينها .

تكيف الالتصاق :

ورغم تسليم الشراح بأن الالتصاق هو أحد أسباب كسب الملكية ، إلا أنهم يختلفون فيما بينهم في كيفية تأصيل اكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الذي التصق به .

٥٤ - فينكر البعض على الالتصاق أن يكون سببا لكسب ملكية جديدة^(١) ، ويرون فيه مجرد واقعة تؤدي إلى إلحاق الشيء الذي التصق بالشيء الأصلي . فيمتد حق الملكية القائم من قبل على الشيء الأصلي إلى هذه الملحقات^(٢) .

ويبدو أن أنصار هذا التأصيل يستندون في ذلك إلى ما نقضى به المادة/٨١١ من أن « ملكية الشيء تشمل أجزائه ، وثأره ومشتجاته وملحقاته . . . » ويعتبرون ما يلتصق بالشيء هو من ملحقات هذا الشيء وفقا للنص السابق ، فيمتد إليه حق الملكية دون أن يكون سببا لكسب ملكية جديدة .

وقد يضعف من هذا التأصيل - فيما نعتقد - أن لفظ الملحقات الذي استخدمه المشرع في النص السابق مدلولاً محدداً لا يتسع ليشمل ما يلتصق بالشيء المملوك من أشياء ، مادام الفرض في هذه الأشياء المتصلة أنها في أصلها ليست مملوكة لمالك الشيء الأصلي ، حين أن الملحقات - على العكس - هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقاً لما تقضى به طبيعته . فالفرض فيها أنها في أصلها مملوكة لمالك الشيء الذي تلحق به ، بما يمكن معه القول بأن ملكية الشيء الأصلي تمتد إليها . ويؤكد هذا التفسير - فيما نعتقد أيضاً - الموضع الذي استخدم فيه المشرع لفظ الملحقات . فورد هذا اللفظ وراء كل من لفظي الثأر والمنتجات يستخلص منه بأن هناك جامعاً مشتركاً بينهما ، هي أنها جميعاً في ذاتها ملك لصاحب الشيء .

(١) من هذا الرأي : شفيق شحاته بند/٢٢ ، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٢٠٨ ، البدراري ص/٤٢ ، بند/٢٨ .

٥٥ - لذلك نرى - مع جانب آخر من الشراح - أن الالتصاق هو سبب مستقل لكسب ملكية جديدة^(١)، ولا يملك مالك الشيء الأصلي الشيء الذي التصق به باعتباره من ملحقاته^(٢).

٥٦ - ولا يقدح في هذا التكيف التلوع بها هو مسلم به من أن الحقوق التي تكون سبق أن تقرررت على الشيء الأصلي، كحق انتفاع، أو حق ارتفاق، أو حق رهن، تشمل كذلك الشيء الذي التصق به. لأن أساس ذلك ليس أن هذا الأخير يعتبر من ملحقات الشيء الأصلي وإنما أساسه، ذات «الفكرة التي في ضوئها جعل الشارع الملكية لمالك الشيء الأصلي (وهو الشيء الأكثر أهمية) وهي فكرة أن الفرع يتبع الأصل، إذ الواقع أن الشئيين باندماجها أو اتحادهما على أثر الالتصاق، يصبحان شيئاً جديداً تغلب عليه صبغة الشيء الأصلي»^(٣).

٥٧ - ومؤدى اعتبار الالتصاق سبباً لكسب ملكية جديدة على ما تقدم، أن يرتب أثره من يوم تحققه. وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذه النتيجة في بعض من أحكامها^(٤). أما كيفية تخريج هذه النتيجة، في ضوء ما يقرره القانون لأحد مالكي الشئيين المتصقين من خيار الفصل بينهما في بعض الحالات، على ما سنراه فيما بعد، فقد تعددت الاجتهادات الفقهية بشأنه، بما لا تتسع لتقصيه هذه الدراسة الموجزة^(٥).

صور الالتصاق:

يمكن تقسيم الالتصاق، بحسب طبيعة الأشياء التي التصق كل منها بالآخر، إلى قسمين: التصاق منقول بمنقول آخر، وذلك إذا اتحد منقولان مملوكان لشخصين مختلفين، بدون اتفاق بينهما، بشكل يستحيل معه الفصل بين هذين الشئيين (٨٨٧م) والتصاق منقول بعقار، كما في حالة البناء أو الغراس على أرض مملوكة للغير.

(١) من هذا الاتجاه: في الفقه الفرنسي: رينو (في ماري ودين) ص/٥١٤، بند/٤١١، شاباس (في مازو) ص/٣٠١، بند/١٥٨٨، ومن الفقه العربي: السهوري ج/٩، ص/٢٤٤، بند/٨٩، محمود جمال الدين زكي ص/٣٦٥، ٣٦٦، بند/٢٠٢، الصلدة ص/٣٠٤، بند/١٩٧، محمد ليبب شنب ص/٥٤، بند/٥٤، وفي القضاء: نقض مصري ١/٢٨/١٩٨١ (مجموعة خلف ٥٧٠-٢٢٣).

(٢) الصلدة ص/٣٠٤، بند/١٩٧.

(٣) أنظر مثلاً: نقض ١٩٨٢/٥/٢٧ (مجموعة خلف ٥٨٠-٢٢٧)، وعكس ذلك، محمود جمال الدين زكي ص/٣٦٠، بند/١٩٩، وقرب من المعنى المكسي أيضاً، السهوري ج/٩، ص/٢٨٣، ٢٨٤، بند/١٠٣.

(٤) أنظر عرض لهذه الاجتهادات الفقهية، في إبراهيم السورقي أبو الليل ص/٤٤، وما بعدها بند/٣٦.

ويرى البعض من الشراح أن هناك صورة أخرى للاتصاق، يلتصق فيها عقار بعقار^(١)، ويمثلون لذلك بفرض طمي النهر الذي يلتصق بالأرض - المجاورة^(٢). وهو رأى منتقد، لأن الطمي قبل التصاقه كان منقولاً بطبيعته وإن أصبح بعد الالتصاق عقاراً^(٣). وعلى أية حال فإن هذا الفرض من الالتصاق لا يتحقق في الكويت.

كما يمكن تقسيم الالتصاق - من ناحية أخرى - بحسب مدى تدخل الإنسان في إحداثه إلى قسمين: التصاق طبيعي، وهو يحدث بفعل الطبيعة دون تدخل من الإنسان، كما في حالة ترسب طمي النهر تلقائياً على جانب الأرض المجاورة لمجره. وهو فرض لا يتحقق عملاً في الكويت. والتصاق صناعي، يحدث بفعل الإنسان، كما في حالة البناء أو الغراس على الأرض.

وعلى هذا النحو، وبعد استبعاد مالا يمكن تحقيقه من صور الالتصاق، عملاً، في الكويت، نخلص لنا صورتان له، نعرض لأحكامهما على التوالي على النحو التالي:

(١) أنظر في هذا الرأي، وفي التبرير التاريخي الذي يقدمه له، البدراري ص/ ٤٣، بند/ ٣٠.

(٢) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٤٤، بند/ ١٩٠.

المبحث الثاني

الاتصاق الصناعي بالعقار

l'accession immobiliere artificielle (ou industrielle)

تحديد:

ذكرنا أن الاتصاق - بوجه عام - قد يتم: إما بفعل الطبيعة، فيقال له، من ثم الاتصاق الطبيعي. وهو يتحقق بما يرسبه النهر تدريجياً من طمي على الأرض المجاورة لمجرأه. وقلنا أن هذه الصورة لا تتحقق عملاً في الكويت. بل أصبح تحققها في الوقت الحاضر، حتى في مصر، مستحيلاً بعد بناء السد العالي. فغدت النصوص المنظمة له في مصر شبه ميتة. وقد يتم (أي الاتصاق) بفعل الإنسان، فيقال له، من ثم، الاتصاق الصناعي. وهذا هو الذي تنحصر فيه دراستنا في هذا الموضع.

مفترضات هذا النوع من الاتصاق:

٥٨ - يتحقق الاتصاق الصناعي بالعقار، عند إقامة بناء أو غراس أو منشآت أخرى على الأرض، بمواد غير مملوكة لمالك هذه الأرض.

وهكذا - فألى جانب المفترضات العامة سابق الإشارة إليها والتي ينبغي توافرها في الاتصاق أياً كانت صورته - فإن هذا النوع من الاتصاق، على وجه التحديد، يفترض:

١ - أن تكون هذه المواد غير مملوكة لمالك الأرض. ويجد هذا الشرط تفسيره في أن مالك الأرض يمتلك هذه المواد بموجب الاتصاق باعتباره سبباً لكسب ملكية جديدة^(١). ولما كان الغالب أن مالك الأرض هو الذي يقيم ما عليها من منشآت على نفقته، كان من المفهوم أن يقرر المشرع قرينة مفادها أن «كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى أو غراس يعتبر من عمل مالك الأرض، إقامة على نفقته ويكون مملوكاً له» (م/٨٨٠).

(١) راجع في هذا المعنى: نقض مصري ١٩٨١/١/٢٨ (جموعة خلف ٥٧٠-٢٢٣، ٢٢٤).

وبدهي أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، وقد نصت المادة ٨٨٠ على هذا الاستدراك صراحة . ولم ير المشرع ، ما رآه المشرع المصري ، من حاجة لأن يورد بعد ذلك بياناً بالفروض العملية التي يمكن أن يظهر فيها هذا التبدليل العكسي ، ولستأ نرى بأساً ، هنا من عرض هذه الفروض على سبيل الإيضاح لا أكثر .

ففي معرض نفي القرينة السابقة يجوز «أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته . كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها» . وفي هذه الأحوال جميعاً ، يجب - بداهة - إعمال هذا الاتفاق ، ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق^(١) .

٢ - أن تكون المنقولات التي تتصل بالعقار عما يصدق عليه وصف البناء أو المنشآت الأخرى أيا كان نوعها ، أو الغراس . أو على حد تعبير البعض : أن يترتب على دمج المنقولات بالعقار «إيجاد منشآت لها كيان متميز ولملموس»^(٢) ، أما مجرد إجراء التحسينات أو الترميمات أو الإصلاحات فلا تنطبق عليها أحكام الالتصاق^(٣) وإنما تخضع للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب أو الفضالة أو لقواعد استرداد المصروفات على حسب الأحوال .

٣ - ويجب - بداهة - لتطبيق قواعد الالتصاق ، ألا يكون هناك اتفاق بين المالك ومن أجرى البناء أو أقام المنشآت أو باشر الغراس ، وإلا وجب إعمال هذا الاتفاق ، صريحا

(١) راجع ، من تطبيقات القضاء المصري ، في هذا المعنى : نقض ١٩٦٦/٥/٥ (مجموعة خلف ٥٤٨-٢١٤) ، نقض ١٩٦٨/٦/١١ (مجموعة خلف ٥٥٤-٢١٧) ، نقض ١٩٧٥/٦/١٧ (مجموعة خلف ٥٦٢-٢٢٠) ، نقض ١٩٧٥/١٢/٢٣ (مجموعة خلف ٥٦٣-٢٢٠) ، نقض ١٩٨١/١/٢٨ (مجموعة خلف ٥٧١-٢٢٤) .

(٢) محمد لبيب شبيب ، ص/٦٣ ، بند/٦٤ .

(٣) بل يذهب المشرع للمصري أكثر بعداً ويخرج من نطاق أحكام الالتصاق «المنشآت الصغيرة ، كالأكشاك والحوانيت والألوي التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام» ، ويجعل أمثال هذه المنشآت «ملكاً لمن أقامها» (م/٩٢٩ مدني مصري) ، أنظر في تطبيق هذا النص ، يخص المحاصيل الزراعية الدورية فلما لها من نهاية معلومة ، نقض مصري ١٩٦٣/٥/٢ (مجموعة خلف ٤٧-٢١٤) .

ورغم عدم وجود نص مقابل لهذا في القانون الكويتي ، إلا أن إخراج أمثال هذه المنشآت من أحكام الالتصاق ، مسلم به فيه ، كما ورد في المذكرة الإيضاحية ، تعليقاً على المواد ٨٨١-٨٨٥ .
(٤) عكس ذلك : شاياس (في مازو) ص/٣٠٢ ، بند/١٥٩٢ ، ص/٣٠٥ ، بند/١٥٩٥ .

كان أو ضمناً^(١).

حالاته : (أو تطبيقاته) ، تقسيم :

قلنا أنه بتعين لإعمال قواعد الالتصاق ، أن يكون مالك الأرض ليس هو مالك المواد التي استخدمت في إقامة المنشآت أو الغراس ، وهو ما يتحقق في حالات ثلاث :

الفرض الأول : حالة البناء أو الغراس في الملك بمواد مملوكة للغير.

الفرض الثاني : حالة البناء أو الغراس في أرض مملوكة للغير.

الفرض الثالث : حالة البناء في أرض الغير بمواد مملوكة للغير.

ونفصل فيما يلي أحكام هذه الصور الثلاث ، مخصصين لكل منها مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

البناء (أو الغراس) في الملك

بمواد مملوكة للغير

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين ، على النحو التالي :

الفرع الأول

عموميات

المقصود بهذه الحالة من حالات الالتصاق ، وشروطها :

٥٩ - يتحقق هذه الحالة ، حين يستخدم صاحب الأرض ، مواد مملوكة لغيره ، ويقيم بها منشآت أو مزرعات ، على ، أو في ، أرضه .

٦٠ - وقد نظمت هذه الصورة من صور الالتصاق ، المادة / ٨٨١ مدني وبموجبها

(١) في هذا المعنى : شابلس (في ملزوم ص/ ٣٠٥ ، بند/ ١٥٩٤ ، رينو (في مارتى وريتي) ص/ ١٧٧ ، بند/ ١٢٨ ، السهوري ج/ ٩ ، ص/ ٢٦٨ ، بند/ ٩٩ ، عمود جمال الدين زكي ص/ ٣٥٧ ، بند/ ١٩٧ .

يمكن تلخيص شروط الالتصاق في هذه الحالة على النحو التالي :

١ - أن تكون المواد التي بنى أو غرس بها المالك ، مملوكة للغير . وهذا الشرط يجعل هذه الصورة من صور الالتصاق نادرة التحقق عملاً . لأن الغالب أن يكون الباني بمواد الغير حسن النية يجهل أن هذه المواد مملوكة لغيره . ولما كانت هذه الأخيرة من المنقولات ، فإن الباني - في الأعم الأغلب - يكون قد اكتسب ملكيتها قبل الالتصاق وبسبب مستقل عنه هو قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية . ومن ثم فلا يتصور تحقق هذا الشرط إلا إذا حال دون إعمال هذه القاعدة ، سوء نية الباني أو عدم توافر السبب الصحيح لحيازته لهذه المنقولات^(١) أو كانت هذه الأخيرة مسروقة أو ضائعة ، على ما سنراه في موضع آخر .

٢ - أن تكون هذه المواد قد اندمجت في العقار بما يسمح بالقول بأنها قد أصبحت عقاراً بطبيعته ولا يكفي أن تكون خصصت فقط لخدمة هذا العقار إن لم تكن قد التصقت به^(٢) .

٣ - أن تكون هذه المواد مما يستعمل عادة في تشييد المنشآت التي أقامها صاحب الأرض ، كالحديد والأخشاب . . . الخ ، أو مما يستعمل في الغراس كالبنودور والشتلات . . . الخ . وهذا الشرط ، وإن لم يرد صراحة في المادة ٨٨١ إلا أنه مفهوم منها ضمناً . وعلى ذلك فالنص لا ينطبق مثلاً إذا كان ما وضعه مالك الأرض في بنائه هو تمثال أو أثر ثمين مملوك لغيره ، فهو - في هذه الحالة - لا يتملكه بالالتصاق ، بل يجب نزرعه ، في أي وقت يطلب فيه صاحبه ذلك ولو ترتب على نزرعه ضرر جسيم للبناء^(٣) .

(١) في هذا المعنى : شاباس (في مازو) ص/٣٠٥ ، بسند/١٥٩٤ ، ريشو (في ماري وريشو) ص/١٧٢ ، بسند/١٢٨ ، السهوري ج/٩ ، ص/٢٦٨ ، بسند/٩٩ ، محمود جمال الدين زكي ص/٣٥٧ ، بسند/١٩٧ .

(٢) ولا أقول وقد أصبحت عقاراً بالتخصيص لأن العقار بالتخصيص يفترض أن يكون كل من العقار والمنقول الذي خصص لخدمته مملوكاً لشخص واحد (وهو مالك العقار) .

(٣) في هذا المعنى : رينو للموضع السابق ، العدة ص/٣١٣ ، بسند/٢٠٥ .

(٤) ما لم يكن قد توافرت للباني (مالك الأرض) شروط كسب ملكية هذه الأشياء ، من قبل ، بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية . راجع في هذا المعنى ، العدة ص/٣١٣ ، بسند/٢٠٥ .

الفرع الثاني

أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق

نص قانوني:

نظمت حكم هذه الحالة من حالات الالتصاق، المادة/ ٨٨١، حين قضت بأنه:

١ - يكون ملكاً للملك الأرض، ما يحدثه فيها من منشآت أو غراس بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق مالك الأرض ضرر جسيم، أو كان ممكناً نزعها ولم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من وقت علم مالك المواد أنها اندمجت في الأرض.

٢ - فإذا تملك مالك الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها وقت التصاقها بالأرض، أما إذا استرد المواد مالكتها فإن نزعها يكون على نفقة مالك الأرض. وبالمالك المواد في الحالتين الحق في التعويض إن كان له وجه.

تملك مالك الأرض للمواد ملكية مقرونة بخيار الاسترداد:

٦١ - ويتضح من هذا النص، أنه، إذا تحقق هذا الفرض من فروض الالتصاق، تملك مالك الأرض - باعتبارها الشيء الأصلي - ما أحدثه فيها بمواد غيره من منشآت أو غراس، إلا إذا اختار صاحب المواد أن يستردها، وفق الشروط التي حددها النص لهذا الخيار، وهما شرطان:

الأول: أن يكون بالإمكان نزع هذه المواد دون أن يلحق مالك الأرض ضرر جسيم. يستوى في هذا الشأن أن يكون مرجع هذا الضرر إلى ما يسببه نزع هذه المواد من ضرر بالأرض ذاتها أو ما يسببه من ضرر بالمنشآت التي أقيمت عليها^(١). ومثال

(١) أما النص المقابل في القانون المصري، وهو النص المادة ١/٩٢٣ فإنه يقصر المانع من الاسترداد على حالة ما إذا كان النزاع سبباً عليه ضرر جسيم يلحق بالمنشآت. لكن الفقه المصري مذهب نفسه المانع إلى حالة الضرر الجسيم الذي يلحق الأرض نفسها من جراء نزع المواد، تأسيساً على أن صاحب المواد الذي يصير على انتزاعها، في هذه الحالة، يكون متعسفاً في استئصال حقه. انظر السجوري ص/ ٢٦٩، بند/ ٩٩، هاشم/ ٣، محمد علي عرقه ص/ ٦٧، بند/ ٣٨.

الحالة الأولى أن تكون هذه المواد شتلات غرست في الأرض بهدف تقوية خصوبتها، فيؤدي نزعها - على العكس - إلى تبويرها. ومثال الحالة الثانية، أن تكون هذه المواد أسياخ حديد دخلت في تكوين الأسقف والأعمدة الخرسانية الحاملة للبناء فيؤدي نزعها إلى انهيار المبنى.

أما إذا لم يكن يترتب على نزع المواد مثل هذا الضرر، فلمالكها المطالبة باستردادها. كأن تكون هذه المواد - مثلاً - أدوات صحية: من أحواض وصنابير وخلافه، إذ من السهل فكّ هذه الأدوات دون كبير ضرر بالبناء.

ومرجع تقدير هذه الأمور جميعاً لقاضي الموضوع في ضوء ظروف كل حالة على حدة. فإذا توافر هذا الشرط، ونزعت المواد، فإن مصروفات النزع تكون على صاحب الأرض، سواء كان حسن أو سيء النية.

الثاني: أن يرفع مالك هذه المواد دعوى استردادها، خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه باندماجها، وإلا تملكها صاحب الأرض بالاتصاق. وهذه المدة هي مدة سقوط (لا مدة تقادم)، فلا تقبل الوقف ولا الانقطاع.

تحديد وقت هذا التملك، وطبيعة الملكية خلال فترة الاسترداد:

٦٢ - فإذا لم يختر صاحب المواد نزعها، أو ترك مدة السنة تمضي أو لم يكن له أن ينتزع مواده أصلاً لما يترتب على نزعها من ضرر جسيم بهالك الأرض، تملك هذا الأخير - كما قلنا - هذه المواد بالاتصاق. سواء كان حسن أو سيء النية^(١). لكن التساؤل يثور، بحق، عن وقت تملكها؟

٦٣ - ويخرج من إطار هذا التساؤل فرض ما لو كان استرداد هذه المواد غير جائز أصلاً، لما سترتب على نزعها من ضرر جسيم بهالك الأرض، إذ في هذه الحالة يملك مالك الأرض هذه المواد، بقوة القانون، أي دون توقف على إرادته^(٢)، من وقت اندماجها في الأرض، ملكية مستقرة لا يتهدها خطر الزوال، بما يستتبعه ذلك من ألا يكون بإمكانه نزع هذه المواد من تلقاء نفسه وردها لصاحبها الأصلي.

بل يرى البعض أنه إذا كان اندماج المواد بالأرض يحصل على دفعات أو فترات، كما

(١) في هذا المعنى: الصفحة ص/٣١٤، بند/٢٠٦، البدراري ص/٥٥، بند/٤١، محمود جمال الدين زكي بند/١٩٧، هامش/٦.

(٢) ويجد هذا الحكم تبريره في نظر الفقه الفرنسي، في اعتبار اقتصادي. وإذ الغالب أن تكون إزالة المنشآت أو الفراس بلا فائدة بالنسبة لمالك الموده، أنظر رينو (في مارتي وريتي) ص/١٧٢، بند/١٢٨.

هو الغالب، فإن صاحب الأرض يملك ما يحصل اندماجه من المواد^(١) «أولاً بأول»^(٢)؛ فلا يتأخر اكتسابه للملكية «إلى حين الانتهاء من إقامة المنشأة»^(٣).

٦٤ - إنها ينحصر التساؤل في الفرض الذي يكون فيه لصاحب المواد خيار نزعها. فهل نقول أن ملكية هذه المواد لا تزال لصاحبها طيلة مدة السنة^(٤) لم تنتقل بعد المالك الأرض بما يستتبعه ذلك من أن يكون بإمكان مالك الأرض، خلال هذه المدة، نزع هذه المواد إن شاء ورددّها إلى صاحبها؟ أم نقول أن مالك الأرض، حتى في هذه الحالة يملك المواد بقوة القانون أيضاً من وقت اندماجها بالأرض؟ فيثور عندئذ تساؤل آخر حول طبيعة هذه الملكية والفرض أنها مهددة بالزوال إن استعمل صاحب المواد خيار نزعها؟. هذه المسألة خلافية في الفقه.

٦٥ - فالبعض يفضل القول بأن ملكية المواد تظل، خلال فترة الاسترداد، لصاحبها الأصلي^(٥).

وقد يُضعف هذا الحل، تعارضه مع فكرة الالتصاق ذاته كسبب لكسب الملكية، والفرض أن المواد التصقت فعلاً بالأرض. هذا إلى ما يؤدي إليه، أن يكون بوسع مالك الأرض نزع المواد وردّها لصاحبها ولو لم يطلب هذا استردادها. وهي نتيجة تعكس الخيار، المقرر بالنص صراحة لصاحب المواد.

٦٦ - ويفضل الأستاذ السهوري القول بأن ملكية مالك الأرض للمواد تكون - خلال فترة الاسترداد - ملكية معلقة على شرط، هو عدم رفع دعوى الاسترداد خلال مدة معينة. وهذا الشرط يكون واقفاً بالنسبة لمالك الأرض، وفاسخاً بالنسبة لصاحب المواد. فإذا تحقق الشرط^(٦) أصبح صاحب الأرض مالكا للمواد بحكم الالتصاق منذ اندماجها بالأرض بفعل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الواقف. واعتبرت ملكية صاحب المواد، لهذه المواد، منذ اندماجها في الأرض، كأنها لم تكن، بفعل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ^(٧).

(١) في هذا المعنى: أتياش (كريتيان) ص/١٨٣، بند/١٥٤، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي:

clv. 12/2/1962 Bul. clv. 1-p.82 no 92, clv 22/11/1973 D 1974 - somm-24

(٢) (٣) في هذا المعنى: محمد ليب شنب، ص/٦٦، بند/٦٦، وقرب شابلس (في مازي) ص/٣٠٣، بند ١٥٩٢.

(٤) التي يميز له، خلالها، استعمال ماله من خيار نزعها أو بتركها.

(٥) من هذا الرأي: محمد ليب شنب ص/٦٧، بند/٦٦.

(٦) بأن لم يرفع صاحب المواد دعوى باستردادها خلال المدة المحددة.

(٧) راجع السهوري ج/٩، ص/٢٧٢، بند/٩٠٠.

وقد أخذ على هذا التحليل، أن تعليق انتقال الملكية على شرط، يجب أن يكون بالاتفاق، فيها أن القانون هنا هو الذي أجاز لصاحب المواد استردادها خلال مدة السنة^(١). هذا إلى ما يؤدي إليه هذا التحليل من تعارض مع ما يقول به صاحبه من عدم جواز أن ينزع مالك الأرض المواد من تلقاء نفسه، خلال مدة السنة، ويردها إلى صاحبها. حين أنه مع هذا التحليل يكون هذا ممكناً، مادام أن ملكية هذه المواد لم تكن، بعد، قد ثبتت نهائياً للمالك الأرض لعدم تحقق الشرط الواقف بعد^(٢).

٦٧ = ونرى، من جانبنا، أن مالك الأرض يتملك بموجب - الالتصاق، ومنذ حدوثه، المواد التي التصقت بها، ملكية من نوع خاص، من حيث هي - بنص القانون - مثقلة بخيار قرره المشرع لشخص محدد، يجعلها (أي هذا الخيار) مهدة، خلال مدة محددة، وبشروط محددة، باحتمال الزوال. هذا الشخص المحدد هو المالك الأصلي للمواد.

ولا يصح - في هذا الشأن - تقريب مركز مالك الأرض، في ملكيته للمواد خلال فترة الاسترداد^(٣)، بمركز المشتري في بيع بشرط التجربة (مادة/٤٥٨)، لأن المشتري حين يقبل المبيع بعد تجربته يكسب ملكيته باختياره هو، أما مالك الأرض، فهو إن كسب ملكية المواد فسوف يكسبها باختيار غيره الذي يقبل إسقاط ملكيته السابقة عليها. باختصار، تثبت الملكية للمشتري كأثر مباشر لخيار مكسب في يده، وتثبت ملكية صاحب الأرض للمواد كأثر غير مباشر لخيار مسقط في يد غيره.

(١) راجع في هذا التقد محمد ليب شنب ص/٦٧، بند/٦٦.
(٢) بل استطرد البعض وقال أن الشرط هنا سيكون شرطاً باطلاً بحسبانه شرطاً إرادياً محضاً، فيما أن جوهر الشرط - عنده - هو إتاحة الأثر وبواقعة عارضة لا تتمثل أبداً في الإفادة، أنظر في ذلك: إبراهيم الدسوقي ص/٤٥، بند/٣٦.

وهذا الاستطرد تموزه الدقة فليس يلزم لصحة التعليق على شرط أن يتمثل هذا دائماً في واقعة عارضة. فمن السلم به أن الشرط المختلط يصح، بل ويصح الشرط الإرادي مادام إرادياً بسيطاً، بل ويصح الشرط الإرادي ولو كان إرادياً محضاً مادام أنه ليس شرطاً واقعاً متعلقاً بمحض إرادة اللذين. وهنا، إن صح ما يقوله الأستاذ السهوري من أن ملكية مالك الأرض للمواد تكون معلقة على شرط واقف، فإن هذا الشرط يصبح رغم كونه متعلقاً بمحض إرادة صاحب المواد، لأن هذا الأخير هو الدائن في خيار الاسترداد (إن صح التعبير بالدائن والمدين في هذا المعرض).

(٣) أنظر محمد ليب شنب ص/٦٧، بند/٦٦، هامش/١٩.

(٤) قارن - مع ذلك - إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/٤٦، بند/٣٧.

حق صاحب المواد في قيمتها:

٦٨ - فإذا لم تنتزع المواد، وتملكها مالك الأرض، وجب عليه دفع قيمتها لصاحبها.

وتحسب هذه القيمة - طبقاً لصريح نص المادة/٢٨٨١- باعتبارها وقت التصاق هذه المواد بالأرض. فيما يحسبها المشرع الفرنسي باعتبارها يوم الوفاء بها^(١)، وهو حل يكون - ولا شك - أعدل بصاحب المواد فيما لو ارتفعت قيمتها - كما هو الغالب - بين الوقتين^(٢).

ومع ذلك فإن للحل الذي أخذ به المشرع الكويتي ميزته العملية التي لا يصح إغفالها. ذلك أن من شأن حساب قيمة المواد من يوم التصاقها بالأرض، حث صاحبها على تحديد موقفه من المطالبة بنزعها أو أخذ قيمتها، فلا يبقى مصير المنشآت معلقاً فترة طويلة.

حق صاحب المواد في التعويض:

٦٩ - وسواء استعمل صاحب المواد خيار نزعها، أم استبقاها أو تعذر استردادها وطلب بقيمتها، فإن له في الحالتين، فضلاً عن الحصول على قيمة المواد محسوبة على النحو المتقدم، الحق في التعويض إن كان له وجه (م/٢٨٨١). كأن تكون المواد التي استردها أصابها تلف أثناء عملية نزعها، أو أن يكون هو نفسه، في حالة تعذر استردادها، كان بحاجة إلى هذه المواد لإجراء إصلاحات عاجلة في بنائه، بحيث يتجاوز الضرر الذي يعود عليه من تأجيل إجراء هذه الإصلاحات قيمة المواد.

٧٠ - ويرى بعض الشراح - رغم عدم النص - أن للقاضي أن يراعي في تقديره للتعويض المستحق لصاحب المواد، ما إذا كان مالك الأرض حسن النية، أو سيئ النية يعلم وقت استخدام المواد أنها مملوكة لغيره^(٣). ومن جانبنا، نعتقد أن القاضي - بحكم

(١) وذلك طبقاً للتعديل الذي أدخله حل المادة/٥٥٤ بقانون ١٧ مايو ١٩٦٠.

(٢) أما النص المصري، المقابل، فقد ورد خلوها من التحديد.

(٣) ولذلك فضل البعض لو كان المشرع الكويتي أخذ بهذا الحل. أنظر إبراهيم السويدي ص/٦١، بند/٥٥.

(٤) من هذا الرأي: السهموري ج/٩، ص/٢٧٠، بند/١٠٠، البلداوي ص/٥٦، بند/٤١، وقرب، الصدة: ص/٣١٤، بند/٢٠٦، وعكس ذلك محمود جمال الدين زكي ص/٣٥٦، بند/١٩٧.

كونه بشرا - سوف يأخذ هذه التفرقة في اعتباره عند تقديره للتعويض . لكننا نشك في أن يكون لها (أي لهذه التفرقة) أساس من القانون نفسه . فالتعويض ، بالمعنى القانوني الدقيق ، لا علاقة له بدرجة جسامه الخطأ ، وإنما يقدر بقدر الضرر ، وإلا كان نوعاً من العقوبة الخاصة *peine privé* وهذه لا تنقرر إلا بنص^(١) .

مدى إمكان استرداد المواد بعد هدم البناء :

٧١ - ويبقى - من بعد - التساؤل ، عما إذا كان من حق صاحب المواد التي مضى على اندماجها بالأرض أكثر من سنة ، ولم يكن بعد قد تقاضى تعويضاً عنها أن يستردها إذا هدم البناء ؟

الرأي الراجح أن هذه المواد أصبحت بقوة القانون ملكة للمالك الأرض ، فلا يجوز لصاحبها الأصلي استردادها^(٢) . فيما يرى بعض الشراح الفرنسيين ، الأخذ بأفكار القانون الروماني الذي لم يكن ينظر إلى الالتصاق بحسابه سبباً لكسب الملك ، وإنما كان يرى فيه مجرد مانع من موانع الاسترداد . ويميزون لصاحب المواد ، أن يستردها ، متى انهدم البناء ، لأن الالتصاق لم يفقد صاحب المواد ملكيته لها ، وإنما منع من استردادها لتلافي ضرر جسيم يلحق بمالك الأرض إذا أُلزم بترع هذه المواد^(٣) .

(١) لرشد من التفاصيل في هذا الشأن راجع : محمد شكري سرور ، النظرية العامة للقانون ، الناشر دار الفكر العربي بالقاهرة (بدون سنة نشر) ص/ ٥١ وما بعدها ، بند/ ٣١ ، محمد شكري سرور ، موجز الأحكام العامة للإلتزام في القانون المدني المصري ، الناشر دار الفكر العربي ط/ ١٩٨٥-٨٤ ، ص/ ٥٦ وما بعدها بند/ ٥٨ ، محمد شكري سرور : سقوط الحق في الضمان (دراسة في عقد التأمين البري) ، دار الفكر العربي ط/ ٧٩-١٩٨٠ ، ص/ ٢٧١ ، بند/ ٣١١ .

(٢) من هذا الرأي : رينو (لي مارتي وريش) ص/ ١٧٢ ، بند/ ١٢٨ ، السنهوري ج/ ٩ ، ص/ ٢٧٠ ، ٢٦٩ ، بند/ ١٠٠ ، محمد كامل مرسي : الحقوق العينية الأصلية ، ج/ ٣ ، (أسباب كسب الملكية : الاستيلاء - والالتصاق - والشفعة) ١٩٤٩ ، بند/ ٧١ ، الصلدة ص/ ٣١٤ ، ٣١٥ ، بند/ ٢٠٦ ، محمد علي عرفه ج/ ٢ ، بند/ ٣٨ ، شفيق شجاعة ص/ ٢٥١ ، بند/ ٢٣٨ ، محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، بند/ ١٩٧ ، وضماً البدراري ص/ ٥٨ ، بند/ ٤٢ .

(٣) من هؤلاء : بيدان ، وفوران ، أشار إليهما الصلدة ص/ ٣١٥ ، هامش/ ١ ، أوبري ورو ، وديمونوب أشار إليهم البدراري ص/ ٥٨ ، هامش/ ٢ .

المطلب الثاني

البناء (أو الغراس) في أرض الغير بمواد مملوكة للباقي

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، على النحو التالي :

الفرع الأول

عموميات

المقصود بهذه الحالة من حالات الالتصاق :

٧٢ - يفترض هذه الحالة من حالات الالتصاق، أن يقوم شخص بالبناء أو الغراس أو بإقامة أية منشآت أخرى، مستعملاً مواد يملكها، وذلك في أرض الغير.

ولما كانت القاعدة أن الأرض هي الأصل، وأن ما عليها من بناء أو غراس أو ما شابهه هو الفرع، فإن مالك الأرض يكتسب ملكية هذه المنشآت بالالتصاق، إلحاقاً للفرع بالأصل. بل إن الفكرة السائدة في فرنسا أن هذا الاكتساب يتم أولاً بأول من وقت اندماج هذه المواد أو المزروعات بالأرض^(١)، دون انتظار لاكمال المنشأة.

٧٣ - على أن يلاحظ أن تأسيس ملكية هذه المنشآت على الالتصاق وإخضاعها لأحكامه، يفترض، ابتداءً نفي القرينة المنصوص عليها في المادة ٨٨٠ والتي تعتبر أن كل ما على الأرض... من بناء أو منشآت أخرى أو غراس هو من عمل مالك الأرض

(١) أنظر مثلاً :

SAINT-ALARY (R): les constructions, plantations et ouvrages, faits par le preneur sur les lieux loués. R.T. 1947-263, SAINT LARY (R): Ensync. D. civ 2^{ed}. Vo: Accession No 156, LARCHER (E): à qui appartiennent le bail, les constructions élevées sur le terrain d'autrui? Rev. crit. 1955 p. 324, LALOU: notes D 1933-2-109 D 1944-173.

وعكس ذلك (تأسيساً على ما للباقي من خيار الهدم)، الفقه المشار إليه في مارتى وريتر ص/ ١٧٤، هامش ١/.

أقامه على نفقته ويكون مملوكا له، إلى أن يقوم الدليل على العكس. فيتعين - من ثم - على صاحب المواد أن ينفي أولاً هذه القرينة بإقامة الدليل على أن الإنشاءات المقامة على أرض الغير مقامة بمواده هو. فتطبق عندئذ، في شأن هذه المنشآت، أحكام الالتصاق، في العلاقة بينه ومالك الأرض. ما لم يكن هناك، اتفاق مسبق بينهما على إخضاعها لأحكام خاصة ثم التراضي عليها في إطار ترخيص مالك الأرض، ابتداءً، لصاحب المواد بإقامة هذه المنشآت على أرضه، فتسرى على هذه الإنشاءات أحكام هذا الاتفاق.

شروطها:

٧٤ - وقد نظم المشرع أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق في المادتين ٨٨٣، ٨٨٢ مدني^(١)، تنظيماً فرق فيه، بين ما إذا كان الباني حسن أم سيء النية. وحدد حقوق كل من الطرفين (الباني ومالك الأرض)، على أساس من هذه التفرقة.

على أنه يشترط لإعمال أحكام هاتين المادتين، على هذه الحالة من حالات الالتصاق، توافر الشروط التالية:

١ - أن يكون من أقام المنشآت غير مالك للأرض:

ويصدق هذا الوصف على حائز الأرض، سواء أكان يجوزها بنية التملك، أم كان مجرد حائز عرضي لها. وعلى المالك الذي زالت ملكيته - بعد أن أقام المنشآت - بائر رجعي، كما لو أبطل سند ملكيته أو فسخ^(٢). كما يصدق أيضاً على المنتفع الذي يكون قد بنى في الأرض المنتفع بها، من حيث لا يملك - رقبته، ومن حيث يجب عليه، طبقاً للمادة ٩٤٧-١، أن يستعمل الأرض بحالتها التي تسلمها بها، ولا يغير حالتها بإقامة منشآت عليها^(٣).

(١) ويقابلها في القانون المصري المادتان ٩٢٤، ٩٢٥.

(٢) وهو يعامل معاملة الباني حسن النية، من حيث كان يعتقد أن له الحق في إقامة هذه المنشآت. إلا إن كان قد أقامها بعد أن رفعت دعوى البطلان أو الفسخ، أو كان سبب هذا أو ذلك يرجع إليه. راجع في هذا المعنى: السنهوري ص/ ٢٩٦ وما بعدها، بند/ ١٥٧، الصلة ص/ ٣٣٦، بند/ ٢١٩.

(٣) وهو يعامل معاملة الباني سيء النية إن كان قد بنى في الأرض دون الحصول على ترخيص من مالك الرقبة. وألا فإنه يعامل معاملة الباني حسن النية، ما لم يكن - هناك اتفاق مسبق بينهما (في إطار هذا الترخيص)، بشأن هذه المنشآت، فيطبق هذا الاتفاق. راجع في هذا المعنى: السنهوري ص/ ٢٩٥، بند/ ١٠٦.

بل إن القضاء المصري^(١)، يشايحه جانب من الفقه^(٢)، يطبق أحكام الالتصاق على البائع الذي يبي - ولوقبل تسجيل عقد البيع - على الأرض التي باعها، مع أن المفروض في هذه الحالة أنه لا يزال يصدق عليه وصف من يبنى في ملكه مادام أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. ويستند القضاء في ذلك إلى التزام البائع - حتى في عقد البيع غير المسجل - بتسليم الأرض المباعة بالحالة التي كانت عليها وقت البيع. ولما كان المفروض في البائع أنه يعرف هذا الالتزام، فقد استحق، في نظر القضاء، أن يعامل، على سبيل القياس، معاملة الباقي سيء النية في أرض غيره.

ونفس الأمر فيما يتعلق بمشتري الأرض بعقد غير مسجل إذا بنى عليها، ولم يسجل العقد بعد ذلك لأي سبب. فبعد أن كانت محكمة النقض قد اتجهت في أحد أحكامها إلى عدم تطبيق أحكام الالتصاق في هذا الفرض وقضت بتمليك المشتري لما أقامه من منشآت تأسيساً على أنه يثبت له، بمجرد إبرام عقد البيع، الانتفاع بالأرض بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار^(٣)، عدلت عن هذا الاتجاه واستقرت على اعتبار المشتري بائناً في ملك غيره، وعلى أن تكون ملكية المنشآت التي أقامها للبائع بحكم الالتصاق. مبررة عدولها، بأن حق القرار - الذي كانت قد أسست عليه تملك المشتري لما أقامه من منشآت، إنها هو «حق عيني، من قبيل الملكية، فلا ينشأ ولا ينتقل إلا بالتسجيل»^(٤).

وبالمقابلة، لا يصدق هذا الوصف، في نظر الفقه بعمومه، على الشريك المشتاع،

(١) ونعتمد لعدم وجود أحكام للقضاء الكويتي في الموضوع.

(٢) أنظر مثلاً: استئناف مصر ١٩٣٢/١/٢٣ مجلة المحاماة السنة ١٣ رقم ٣٨، ص/٩٦، نقض ١٩٣٢/١٢/٨ (مجموعة عمر ج/١، رقم ٨١، ص/١٥٢). نقض ١٩٤٥/٣/٢٩ (مجموعة عمر ج/٤، رقم ٢٢٨ ص/٦٠١).

(٣) أنظر السهري جـ/٩ ص/٢٩٨، ٣٠٠ بند/١٠٨ (تأسيساً على فكرة الأثر الرجعي للتسجيل)، الصدة ص/٣٣٦، ٣٣٧ بند/٢١٩-٣ (تأسيساً على إمكان تطبيق قواعد الالتصاق على هذه الحالة بطريق القياس)، محمود جمال الدين زكي ص/٣٧٨ بند/٢٠٩ (تأسيساً على أن البائع: «قد ارتفعت يده عن الأرض المباعة بمجرد البيع، وكذا لا يجوز له أن يرمي بشأنها تصرفاً قانونياً، لا يستطيع أن يجري عليها تصرفاً مادياً، لأنه يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي عليها وقت البيع»). وعكس ذلك: إسمايل غانم ص/٦٣، منصور مصطفى منصور ص/٢٩٧ بند/١٢٢.

(٤) أنظر نقض ١٩٥٠/١/١٢ مشار إليه في إبراهيم الدسوقي ص/٦٣، هامش ١.

(٥) أنظر، نقض ١٩٦٩/٦/٩ (مجموعة خلف ٢١٨٥٥٧)، نقض ١٩٧٩/١/٢٤ (مجموعة خلف ٢٢١٥٥٦)، نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ (مجموعة خلف ٢٢٢٣٥٦٩)، نقض ١٩٨١/٢/٢٥ (مجموعة خلف ٢٢٥٥٧٥)، نقض ١٩٨٦/٤/١٦ (مجموعة خلف ٢٢٢٨٥٨٤).

من حيث أن له على الأرض الشائعة حق ملكية. ومن ثم فلا تطبق أحكام الانصاف على المنشآت التي يقيمها على الأرض الشائعة، وإنما تطبق الأحكام الخاصة بإدارة المال الشائع، بحسبان إقامة المنشآت، كما سنرى، من قبيل أعمال الإدارة (غير المعتادة)^(١). وإذا كانت محكمة النقض توافق على هذا التحليل من حيث المبدأ، إلا أنها تشترط أن يكون الشريك المشتاع قد بنى على ما يعادل نصيبه في الأرض الشائعة لم يتجاوز، وإلا عدّ فيها جاوزه بانياً في ملك غيره^(٢)، خاصة إذا ما أُنذره شريكه الآخر (أو شركاؤه) في الشروع، وطلب منه وقف البناء من حيث يقيمه على حصته هو الآخر^(٣).

٢ - أن يكون الباني قد أقام المنشآت لحساب نفسه لا لحساب مالك الأرض. وهو ما لا يصدق - مثلاً - في حالة بناء الفضولي على أرض رب العمل، ولا على ما يقيمه الوكيل في أرض الموكل ولو جاوز حدود وكالته. لأن هذا وذاك إنما يعملان لحساب مالك الأرض فلا تخضع علاقتها به لأحكام الانصاف.

٣ - أن يصدق على ما يقيمه صاحب المواد في أرض غيره وصف المنشآت، وهي كل ما له كيان متميز، بحيث يمكن نزعه على استقلال. سواء أنشئ^(٤) ابتداءً، أو أضيف^(٥) إلى منشآت قائمة من قبل مادام له كيانه المتميز (كتملية طابق في عمارة)^(٦). أما

(١) أنظر مثلاً: السنهوري ص/٣١٤ وما بعدها بند/١١٥، الفصدة ص/٣٣٦، بند/٢١٩.

(٢) وقد جاء في أحد أحكامها، في هذا المعنى، أنه: «وإن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن لكل من الشركاء في الشروع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار فإنه لا يعد بانياً في ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار للمملوك لها على الشروع ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذي بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه، فإذا جاوز، اعتبر بانياً في ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه». نقض ١٩٨١/٣/٢٤ (مجموعة خلف ٥٧٦ - ٢٢٥).

(٣) وقد اعتبرته بذلك بانياً بسوء نية في الجزء الخاص بشريكه، وأجازت لهذا الأخير أن يستبقى الجزء من البناء المقام على حصته على أن يدفع للباني قيمته مستحقة الإزالة. أنظر الحكم المشار إليه في الهامش السابق.

(٤) (٥) ولذلك يعبرون عن هذا الشرط بقوله، يجب أن تكون بصدد:

«des ouvrages véritablement nouveaux»

أنظر رينو (في مارتى ورينو) ص/١٧٨ بند/١٣٤.

وأنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي،

Colmar 13,1,1986 J.c.p 1967-2-14971 et note WIEDERKEHR

حيث طبقت المحكمة أحكام الانصاف في هذه الدعوى، وكان الإنشاء عبارة عن تركيب نظام تدفئة مركبة.

(٦) وعكس ذلك:

civ 18,6,1970 D 1970 - 561 et note A.B., J.c.p 1972 - 2 - 15165 et note THUILLIER, R.T 1972-797 et obs. BREDIN

مجرد أعمال الحفظ أو الترميم أو التحسين، فإنها تدخل في عداد المصروفات وتخضع لأحكامها^(١).

٤ - ألا يوجد نص، ينظم على نحو خاص، حكم البناء في أرض الغير في حالة خاصة. كالتنظيم الوارد في المادة/٥٩٨ لحالة بناء أو غراس المستأجر في المأجور أو إحداث أية تحسينات أخرى فيه تزيد من قيمته^(٢). والتنظيم الوارد في المادة/٩٠١ لحالة ما لو زاد المشتري في المشفوع فيه شيئا من بناء أو غراس أو نحوه». وهو التنظيم الذي سنجد المناسبة لتفصيله في موضع لاحق.

٥ - ألا يوجد اتفاق مخالف لأحكام الالتصاق الواردة في المادتين ٨٨٢، ٨٨٣ سابقتي الذكر، إذ أنها ليستا من النظام العام.

(١) أنظر رينو للموضع السابق.

(٢) كذلك تشترط المادة/٩٢٩ مدني مصري، ألا يكون ما أقيم على الأرض هو من قبيل «المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآزى التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام». فأمثال هذه المنشآت لا تخضع لأحكام الالتصاق، وإنما تكون ملكا لمن أقامها». ولا مقابل لهذا النص في القانون الكويتي.

(٣) وهي تقضي بأنه:

١ - إذا أحدث المستأجر في المأجور بناء أو غراسا أو أية تحسينات أخرى تزيد في قيمته، كان له عند انقضاء الإيجار أن يتركها أو أن يزيلها على نفقته، إذا لم يكن في ذلك إضرار بالمأجور.
٢ - فإن لم يزل المستأجر هذه الزيادات، كان للمؤجر أن يطالبه بإزالتها، أو أن يستقيها بقيمتها مستحقة الإزالة، دون إدخال بهقه في التعريض عما تسببه الإزالة من ضرر إذا كانت الزيادات قد أحدثت بغير إذنه».

٣ - وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره».

الفرع الثاني

أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق

النصوص القانونية :

٧٥ - فرق المشرع - كما سبق أن ذكرنا - بين الباني سيء النية والباني حسن النية . وقد واجه الأول بالمادة / ٨٨٢ ، والثاني بالمادة / ٨٨٣ ويجري نصها على النحو التالي :
مادة / ٨٨٢ :

«إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى، بمواد من عنده، على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إحداثها، أو كان جهله بذلك ناشئا عن خطأ جسيم، كان للمالك الأرض أن يطلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحداثها. فإن لم يطلب الإزالة، أو طلب استبقاء المستحدثات التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع ما زاد بسببها في قيمة الأرض».

مادة / ٨٨٣ :

« ١ - إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده - على أرض غيره بترخيص من المالك أو كان معتقدا بحسن نية أن له الحق في إحداثها، فلا يجوز للمالك الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يكون له الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مازاد في قيمة الأرض بسبب ما استحدث فيها. هذا ما لم يطلب من أحدث المنشآت أو الغراس نزع ما استحدثه وكان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا».

« ٢ - ومع ذلك، فإذا كانت المستحدثات قد بلغت حدا من الجسامه بحيث يرهق مالك الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أحدثها بمقابل عادل».

تقسيم :

ونعالج أحكام كل من الفرضين، في محور مستقل، على النحو التالي :

المحور الأول

فرض ما لو كان الباني سيء النية

مفهوم سوء النية في هذا الموضع ، ووقت تقديره :

٧٦ - يعتبر من أقام المنشآت سيء النية، في هذا الموضع ، إذا كان يعلم وقت إقامتها أنه يعتدى على حق غيره . ويتحقق ذلك - طبقا لصريح المادة/ ٨٨٢ - إذا كان يعلم أن الأرض مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إقامة ما استحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى . فيلزم إذن توافر الأمرين معا ، ولا يغني أحدهما عن الآخر . إذ ليس ما يمنع من تصور أن يكون الباني يعلم بأن الأرض التي يبنى عليها ليست مملوكة له ولكنه يعتقد مع ذلك اعتقادا سائغا بأن له الحق في إقامة المنشآت عليها . وهنا فإنه يكون ، بمقتضى المادة/ ٨٨٢ ، حسن النية في إقامته لهذه المنشآت^(١) .

غير أنه يستوى ، مع هذا العلم ، وفقا لصريح النص أيضا ، الجهل الناشئ عن خطأ جسيم : كإهمال مشتري العقار من غير ماله الاطلاع على المستندات التي تثبت ملكية البائع له . ويمكن أن نقيس عليه أيضا ، الجهل الناشئ عن غلط في القانون . ويمكن أن نمثل له - لو أخذنا بالرأى القائل بتطبيق أحكام الالتصاق على بناء الشريك في الشيوخ على ما يجاوز نصيبه فيه^(٢) - بما لو بنت وارثة على نصف الأرض المملوكة لها ولشقيقها على الشيوخ بعد وفاة مورثها ، معتقدة أنها ، قانونا ، ترث النصف ، حين أنها لا ترث سوى الثلث .

٧٧ - والعبرة في تقدير ما إذا كان من أقام المنشآت سيء أو حسن النية على التحديد السابق ، هي بوقت إقامة المنشآت . ولا عبرة بتغير النية بعد ذلك^(٣) .

أحكام هذا الفرض :

٧٨ - وكان من الطبيعي أن يعامل المشرع من أقام المستحدثات ، في هذا الفرض ،

(١) قارن ، نقض مصري ، حيث تعبر المحكمة عن معنى سوء نية الباني بقولها ويعلم أن الأرض ليست مملوكة له ، في ١١/٦/١٩٦٨ (مجموعة خلف ٢١٧-٥٥٥) .

(٢) وهو الاتجاه الذي تأخذ به محكمة النقض المصرية . انظر سابقا بند/ ٧٤ .

(٣) في هذا المعنى أيضا الصلح ص/ ٣١٦ بند/ ٢٠٧ .

معاملة قاسية تتفق وسوء نيته. فأعطى مالك الأرض^(١) خياراً^(٢) بين أمرين، إزالة المستحدثات، أو استبقاؤها، على التفصيل التالي:

(أ) خيار الإزالة:

٧٩ - فله أن يطلب إزالة المستحدثات، لإعادة الأرض إلى حالتها الأولى. وعندئذ تكون نفقات هذه الإزالة على من أقام المستحدثات.

٨٠ - ومن حق المالك أن يستعمل هذا الخيار دون أن يلزم بإثبات ضرر أصابه من جراء البناء على ملكه^(٣). ويجرى القضاء الفرنسي على ذلك، على سند من كفاية الاعتداء على الملكية في حد ذاته^(٤) بينما يتعرض هذا الحل للنقد من جانب بعض الشراح الفرنسيين على أساس من نتيجته غير الاقتصادية أحياناً: إذ يُعشى أن يكون من شأنه هدم إنشاءات أو مزارعات هامة دون مبرر جدي^(٥).

٨١ - بل إن للمالك الأرض، إذا ما أثبت أن ضرراً أصابه بسبب إقامة المستحدثات على أرضه ثم إزالتها، أن يطالب بتعويض عن هذه الأضرار. وعلى ذلك صريح المادة ٨٨٢ التي قرنت حقه في طلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها بحقه في «التعويض إن كان له وجه».

وإذا طلب مالك الأرض إزالة المستحدثات، إعمالاً للخيار الذي خوله له القانون، فلا يملك القاضي سوى أن يجيبه إلى طلبه، دون أن تكون له في ذلك ثمة سلطة تقديرية، حتى ولو بدا أنه متعسف في هذا الطلب لعدم وجود مصلحة جدية له فيه.

(١) فهو إذن، خيار، أو على حد وصف محكمة النقض المصرية ورخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته. وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغيره من ثم الحق في استعمالها. أنظر ١٣/٦/١٩٧٦ (مجموعة خلف ١٦٨-١٩٧٤)، وفي نفس المعنى: نقض ١٩٨١/١/٢٨ (مجموعة خلف ٥٧٠-٢٢٣).
(٢) في هذا المعنى: نقض ١٩٧٣/٥/٨ (مجموعة خلف ١٦٣-٣٨)، وينفس التاريخ نقض ١٩٧٣/٥/٨ (مجموعة خلف ٥٥٩-٢١٩).

(٤) أنظر:

civ 10/7/1962 Bull. 1962 1-no 359, civ 13/1/1965 D 1965 somm-86, R.T 1965-678 et obs. BREDIN.

(٥) أنظر رينوس/١٧٦/بند/١٣٢.

لأن الخيار «لكونه يتوقف على محض مشيئة من تقرر له، يبعد عن نطاق نظرية التعسف»^(٢٠١).

٨٢ - غير أن هذا الخيار موقوف - طبقا لصريح المادة/٨٨٢ - بمدة سنة، وهذه المدة تحسب، طبقا لصريح النص أيضا، من وقت علم مالك الأرض بإقامة هذه المستحدثات. بعدها يسقط هذا الوجه من الخيار، ولا يبقى للمالك الأرض سوى الوجه الثاني.

ورغم أن النص المصري المقابل^(٢) يجري على نفس النحو أيضا، إلا أن محكمة النقض المصرية لا تكتفي، في هذا الشأن، بعلم مالك الأرض بإقامة المنشآت عليها، وإنما تستلزم علمه أيضا «بشخص من أقامها»^(٣) حتى يتسنى له، من بعد، أن يوجه إليه طلب لإزالتها. . .^(٤) «لأن العلم بإقامة المنشآت لا يقتضى حتما وبطريق اللزوم العلم بمن أقامها»^(٥). وقد رتبت على ذلك أن «ميعاد السنة الذي يتعين طلب الإزالة خلاله لا يبدأ إلا من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وبشخص من أقامها»^(٦). ونحن نؤيد هذا التفسير، لأن من شأن القول العكسي، أن يفرغ هذا الوجه من الخيار الذي قرره القانون لمالك الأرض، من كل مضمون. فضلا عن أنه التفسير الذي يتماشى وروح التشديد مع الباني التي تسود حكم هذا الفرض من فروض الاتصاف. فقط، ربما يشكك في صحة هذا التفسير، طبيعة مدة السنة هذه، وما هو مسلم به من أنها مدة سقوط لا تقبل الوقف ولا الانقطاع.

٨٣ - هذا، وعلى النقيض مما يراه البعض^(٧)، نؤكد أن الأعمال الصحيح لقواعد الإثبات يستوجب القول بأن عبء إثبات العلم بإقامة المنشآت المؤدي إلى بدء سريان مدة السنة هذه، يقع على عاتق الباني^(٨). فهذه المدة هي مدة سقوط خيار الإزالة. والباني هو الذي يتمسك بسقوط هذا الخيار، فيعين عليه هو إقامة الدليل على توافر

(١) إبراهيم الدسوقي ص/٧١، بند/٦٢.

(٢) ويلاحظ أن خيار إزالة المستحدثات، مقصور بصريح نص المادة/٨٨٢ على صاحب الأرض، فبما تجيز الفقرة الثانية من النص المصري المقابل (م/٩٢٤) هذه الإزالة أيضا لمن أقام المنشآت (الباني)، شرط ألا يلحق الأرض من هذه الإزالة ضرر. وقد سبق أن انتقدنا حكم هذه الفقرة في مؤلفنا في حق الملكية سابق الإشارة إليه أنظر محمد شكري سرور، مذكرات في حق الملكية، المرجع السابق ص/٥١ وما بعدها.

(٣) وهو المادة/٩٢٤.

(٤-٧) نقض ١٩٧٥/٢/٣ (مجموعة خلف ٥٦٤-٢٢٠).

(٨) أنظر إبراهيم الدسوقي ص/ ٧٠ هامش/ ١ الذي يرى أن هذا العبء يقع وعلى عاتق صاحب الأرض.

شروط هذا السقوط، ومن هذه الشروط علم مالك الأرض بإقامة المنشآت عليها.

٨٤ - ويلفت النظر هنا، أن المشرع الكويتي، كالمرجع المصري تماماً لم يشترط، في هذا الفرض من فروض الالتصاق، رفع دعوى بالإزالة، كما فعل في الحالة الأولى من حالات الالتصاق المنصوص عليها بالمادة/ ٨٨١^(١).

ومؤدي التفسير الحرفي للنص محل البحث (المادة/ ٨٨٢)، كفاية إبداء الرغبة في الإزالة بأية وسيلة كانت، خلال مدة السنة المحددة، ويتحمل مُبديها (وهو مالك الأرض) مخاطر إثبات إبدائها.

إلا أن محكمة النقض المصرية لا تأخذ بهذا الحل، وتستلزم ضرورة رفع دعوى بالإزالة، وفسرت لفظة «يطلب» الإزالة، في هذا المعنى. متنتية من ذلك إلى القول بأن ميعاد السنة لا يعتبر مرجعاً إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء خلاله وإلا سقط الحق فيه.

وقالت في تبرير ذلك، أن «القانون المدني، في العديد من نصوصه، قد عبّر بكلمة يطلب قاصداً بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التي يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعيه طالبا الحكم له به». هذا إلى أن المشرع (والنص الكويتي في هذا على نفس النحو أيضاً) جمع بين الحق في طلب الإزالة والحق في طلب التعويض خلال ميعاد السنة وهذا يؤكد أن المراد بمعنى الطلب هو رفع الدعوى، وإلا جاز القول بأنه يكفي مجرد إبداء الرغبة بأي طريق في طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء في هذا الميعاد وهو مالا يسوغ^(٢).

ونحن نميل إلى تبني هذا التحليل بالرغم من حرفية النص، للأسباب المحمول عليها. ونضيف إليها أن، استلزام رفع الدعوى من شأنه القضاء على مشاكل كثيرة في العمل حول ما إذا كان مالك الأرض قد استعمل خياره بطلب الإزالة خلال المدة المحددة قانوناً لهذا الخيار أم لا.

(١) وهي حالة البناء (أو الغراس) على الملك بمواد مملوكة للغير، السابق دراستها.

(٢) أنظر نقض ١٧/٥/١٩٧٨ (مجموعة خلف ٥٦٥-٢٢٠).

(ب) خيار استبقاء المستحدثات:

٨٥- وبالمالك الأرض^(١)، بدلا من طلب الإزالة، أن يطلب^(٢) استبقاء المستحدثات. فإذا طلب^(٣) ذلك، أو لم يبق له سوى هذا الخيار لسقوط حقه في طلب الإزالة، فإنه يتملك المستحدثات بالاتصاق، مقابل دفع إحدى قيمتين: إما قيمة المستحدثات مستحقة الإزالة، أي قيمتها أنقاضا بل ومخصوصاً منها مصاريف الإزالة، أو قيمة مازاد في ثمن الأرض بسبب إقامة هذه المستحدثات عليها^(٤). وهو - بداهة - سيختار القيمة الأقل.

٨٦- وواضح، أن المشرع هنا خرج على القواعد العامة في الإثراء بلا سبب، نظرا لسوء نية من أقام المستحدثات. فمقتضى هذه القواعد أن يلتزم المثرى بأقل قيمتي الإثراء والافتقار. بيد أنه، إن صحَّ أن الزيادة في ثمن الأرض تمثل قيمة الإثراء، فما يمثل قيمة الافتقار هو في الحقيقة قيمة المواد وأجرة العمل^(٥).

٨٧- ويبقى التساؤل عن الوقت الذي يعتد به في تقدير مازاد في الأرض بسبب إقامة المستحدثات عليها إذا ما اختار مالك الأرض دفع الزيادة؟.

(١) (٢) فهذا الوجه من الخيار، أو على حد تعبير محكمة النقض، من الرخصة، هو كالوجه الأول مقرر لمالك الأرض وحده. وقد رتبته محكمة النقض على ذلك أن يشتري الأرض بمقد غير مسجل بعد ولا يسوغ له طلب إعمال قواعد الاتصاق بشأن المباني التي يجهنها للغير في الأرض التي اشتراها بمقد غير مسجل^(١)، «إلا أنه بمجرد حصول هذا التسجيل، أو تسجيل الحكم القاضي بصحة ونفاذ عقد البيع، وحيث يصبح المشتري مالكا للأرض وتؤول إليه تبعاً لذلك ملكية البناء بحكم الاتصاق» مادام البائع كان مالكا للأرض وقت إقامة الغير للمنشآت عليها. أنظر نقض ١٩٨١/١/٢٨ (مجموعة خلف ٥٧٤-٢٢٥).

(٣) والنص صريح في وجوب هذا الطلب، إذ يقول: «فإن لم يطلب (أي مالك الأرض) الإزالة، أو طلب استبقاء المستحدثات...». وقد فرع البعض على ذلك (في تفسيره للنص المصري المقابل) أن مالك الأرض لا يتملك المستحدثات إلا إذا طلب استبقائها. أنظر في هذا المعنى: عمود جمال الدين زكي ص/٣٦٠ بند/١٩٩، الصلح ص/٣٢٢ بند/٢١٠، وعكس ذلك: وأنه يتملكها بقوة القانون دون طلب، وإن كانت ملكية غير لازمة يجوز له رفضها باستعمال خيار الإزالة، إبراهيم الدسوقي ص/٦٦، ٦٧ بند/٦٠. أما السهري فيرى أنه وقت اندماج المستحدثات بالأرض تكون ملكية صاحب الأرض لها معلقة على شرط واقف هو عدم المطالبة بإزالتها خلال المدة المحددة. فإن تحقق الشرط ولم تنزع، ارتدت ملكه لها إلى وقت اندماجها بالأرض إعمالاً لفكرة الأثر الرجعي للشرط. السهري جد/٩ بند/١٠٣.

(٤) وهذه القيمة الأخيرة تساوي الفرق بين ثمن الأرض خالية من المستحدثات، وثمان المثل لها بعد إقامة المستحدثات عليها. والعبرة في هذا الشأن بالقيمة السوقية (أو التجارية) لا بالقيمة الشخصية.

(٥) في هذا المعنى: الصلح ص/٣١٧ بند/٢٠٨.

هذه المسألة خلافية في الفقه . ومرجع الاختلاف فيها إلى خلاف أُولَى في النظرة إلى الرقت الذي تصبح فيه المستحدثات ملكاً لصاحب الأرض . فمن يرى أن مالك الأرض يكتسب هذه المستحدثات من يوم طلب استبقائها، يجعل العبرة في تقدير الزيادة في قيمة الأرض بسبب إقامة المسحذات عليها، بذلك اليوم، بحساباته اليوم الذي يتحقق فيه الإثراء بالنسبة له^(١) . أما من يرى أن مالك الأرض يملك هذه المستحدثات من يوم اندماجها بالأرض فيجعل العبرة في تقدير الزيادة في قيمة الأرض بوقت اندماج المستحدثات فيها^(٢) .

المحور الثاني

فرض ما لو كان الباني حسن النية

مفهوم حسن النية في هذا الموضع ، ووقت تقديره :

٨٨ - يعتبر من أقام المستحدثات حسن النية ، طبقاً لصريح المادة/٨٨٣ ، إن كان أحدثها بترخيص من المالك^(٣) . أو كان أحدثها بغير هذا الترخيص لكنه كان يعتقد أن له الحق في إحداثها^(٤) . وحتى يتناسق معنى حسن النية في هذه المادة، مع ما يستخلص بالمعنى العكسي من المادة/٨٨٢ التي حددت مفهوم سوء النية ، نعتقد أن من أقام المستحدثات يكون حسن النية أيضاً، فضلاً عن هاتين الحالتين، إذا كان لا يعلم أن الأرض التي أقام عليها المستحدثات مملوكة لغيره، أو في عبارة مساوية إذا كان يعتقد أنها مملوكة له .

فيكفي إذن وجود من أقام المستحدثات في أيٍّ من هذه الفروض الثلاثة حتى يعتبر حسن النية في حكم المادة/٨٨٣ .

(١) من هذا الرأي : محمد كامل مرسي، ج٣/بند/٩٢، الصنده ص/٣٢٢/بند/٢١٠ والفقہ الفرنسي المشار إليه فيه هامش/١، محمد علي عرفه ص/٣٠٥ .

(٢) من هذا الرأي : حسن كبره، وحسام الأهوازي، مشار إليها في إبراهيم الدسوقي ص/٧٣ هامش/٢ (وهو من نفس الرأي أيضاً) .

(٣) وتطبيق أحكام الاتفاق في هذا الفرض رهين بالآ يكون هذا الترخيص مقروناً باتفاق بين مالك الأرض ومن أقام المستحدثات، حول هذه الأخيرة، وإلا طبق هذا الاتفاق واستبعدت أحكام التصاق .

(٤) راجع من تطبيقات القضاء المصري لهذا الفرض : نقض ١٨/٢/١٩٨٢ (مجموعة خلف ٥٧٨ - ٢٢٦) .

(٥) أنظر نقض مصري ١٧/٢/١٩٧٦ (مجموعة خلف ١٦٩ - ٧٤) .

٨٩ - والعبرة، في حسن النية، في هذا الموضوع، بوقت إقامة المستحدثات^(١). فلا يعتد بما قد يطرأ عليها من تغيير بعد ذلك.

وحسن النية يفترض في من أقام المستحدثات، إلى أن يقيم مالك الأرض الدليل على العكس^(٢). وهو يستطيع أن يقيم هذا الدليل بجميع الطرق لتعلق الأمر بواقعة مادية.

ولمحكمة الموضوع سلطتها في تقدير حسن أو سوء نية من أقام المستحدثات، دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله^(٣).

ولما كان التحدى بحسن النية وقت إقامة المستحدثات تحدياً جوهرياً من شأنه تغيير وجه الفصل في الدعوى، لاختلاف الحكم في هذه الحالة، كما سنرى، عنه في حالة ما إذا كان من أقام المستحدثات سوء النية، فإن إغفال محكمة الموضوع بحث ما يعتبر من أقام المستحدثات تحدياً بحسن نيته، يشوب الحكم بالقصور فضلاً عن الخطأ في تطبيق القانون^(٤).

أحكام هذا الفرض:

نظم المشرع أحكام الالتصاق في هذا الفرض بالمادة ١/٨٨٣، ثم استثنى من هذا التنظيم حالتين، عالج أحدهما بالفقرة الثانية من نفس النص، وأفرد للثانية نص المادة/ ٨٨٥.

أولاً: التنظيم العام:

٩٠ - عامل المشرع من أقام المستحدثات، في هذا الفرض، معاملة أفضل منها في الفرض السابق، رعاية لحسن نيته. ويظهر ذلك سواء من حيث الحق في طلب الإزالة، أو من حيث مقدار التعويض الذي يستحقه عند استبقاء المستحدثات.

(١) (٢) في هذا المعنى: نقض ١٩٧٦/٢/١٧ سابق الإشارة، نقض ١٩٨٦/٦/١١ (مجموعة خلف ٥٥٥ - ٢١٧).

(٣) أنظر نقض ١٩٧٤/١٢/٩ (مجموعة خلف ٢٩٧ - ٣٨)، نقض ١٩٨٦/٤/١٦ (مجموعة خلف ٥٨٤ - ٢٢٨).

(٤) في هذا المعنى: نقض ١٩٧٥/١٢/٨ (مجموعة خلف ٥٦٧ - ٢٢٢) وفيه كان الطاعنون قد برروا إقامتهم للمباني والمنشآت على الأرض بسبق شراء مورثهم لما يعقد مسجل، وهو ما ينطوي على التحدى بحسن نيته وقت تشييدها، ولكن الحكم المطعون فيه أغفل بحث هذا الدفع.

أ - خيار الإزالة:

٩١ - فمما يتعلق بخيار الإزالة، لم يقره المشرع - كما في حالة سوء النية - المالك الأرض، وإنما قرره لمن أقام المستحدثات^(١)، بشرط واحد، ألا يترتب على الإزالة ضرر بالأرض. وفي هذا - كما هو واضح - خروج على الأصل، الذي وفقا له يكون لصاحب الأرض، باعتباره مالكا، الحق في إجبار غيره على إزالة ما أقامه على أرضه.

٩٢ - ويلاحظ، أن المشرع يشترط في الضرر المانع من خيار الإزالة هنا، أن يلحق بالأرض ذاتها، ولم يكتف بأن يلحق بمالك الأرض على أي وجه^(٢). وهو تخفف في القيود المانعة من خيار الإزالة يمليه حسن نية من أقام المستحدثات.

ورغم إغفال النص المصري المقابل، لهذا القيد المانع من خيار الإزالة، إلا أن الفقه المصري يستلزمه، إعمالا لنظرية التعسف في استعمال الحق^(٣). لكنهم يتواضعون فيه فلا يحرمون مالك المواد من خيار الإزالة إلا إذا كان من شأن هذه الأخيرة أن تلحق بالأرض ضررا جسيما^(٤). فيما لم يشترط المشرع الكويتي، لحرمان مالك المواد من خيار الإزالة، أن يبلغ الضرر الناجم عنها للأرض هذا الحد. فأي ضرر إذن يكفي لحرمانه من هذا الخيار.

٩٣ - وإمعانا في السخاء مع من أقام المستحدثات وهو حسن النية، لم يحدد المشرع في المادة/ ٨٨٣ (تماما كما فعل المشرع المصري) مدة لهذا يستعمل خلالها خياره في نزع هذه المستحدثات، وإلا سقط.

وليس من شأن هذا بطبيعة الحال أن يحقق الاستقرار المطلوب، لأنه يجعل ملكية صاحب الأرض للمستحدثات غير مستقرة من حيث أن مصيرها مرهون بإرادة من أقام المستحدثات بظهورها في أي وقت. وليس يكفي لتبريره، في اعتقادنا، مجرد كون هذا الأخير حسن النية. ولذلك، يكون لمالك الأرض، فيما نرى، أن ينذر من أقام

(١) فقد تكون مصلحة من أقام المستحدثات هي في نزعها. ويتحقق ذلك إذا كان لا ينشأ عن هذا النزاع تلف كبير لها، وكانت قيمتها بعد النزاع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض فيما لو اختار استبقاها، على ما سنرى فيما بعد. ولكنه - بطبيعة الحال - يكون ملتزما في هذه الحالة بإعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المستحدثات منها. راجع في ذلك السبهوري ص/ ٢٨٩ بند/ ١٠٤.

(٢) كما فعل في المادة/ ٨٨١ التي تواجه حالة البناء على الملك بمواد مملوكة للغير.

(٣) (٤) أنظر: السبهوري ص/ ٢٨٩، هامش/ ١، محمد علي عرته ص/ ٣٠٢، الصده ص/ ٣٢١ بند/ ٢١٠.

المستحدثات بأن يحدد موقفه منها (هل سيطلب نزعها أم سيستبقها) خلال مدة معقولة يحددها له. فإن تركها هذا الأخير تمضي دون رد، سقط ما كان له من خيار نزع هذه المستحدثات. والمرجع، عند الاختلاف بين الطرفين في معقولية المدة من عدمها، لقاضي الموضوع.

ب - التعويض عن استبقاء المستحدثات :

٩٤ - فإذا لم يخرّج من أقام المستحدثات إزالتها، تملك صاحب الأرض هذه المستحدثات مقابل إحدى قيمتين : إما قيمة المواد وأجرة العمل، أو قيمة مازاد في ثمن الأرض بسبب إقامة هذه المستحدثات. وهذا محض تطبيق للقواعد العامة في الإثراء.

٩٥ - إنها يجوز - بداهة - لمالك الأرض، إذا لم يطلب من أقام المستحدثات نزعها، أن ينزل عن ميزة الالتصاق، فيترك المنشآت لمن أقامها^(١)، حين يقتصر النزول في هذه الحالة على المنشآت دون الأرض التي تقام عليها. وهذه المكنة تثبت له طبقاً للقواعد العامة نفسها. ذلك أنه إذا كان يستطيع - بموجب هذه القواعد - أن يخرج من ذمته أي حق كان وفأولى ألا يصح جبره على كسب ملكية رغم إرادته^(٢). فإذا ما صدر منه هذا النزول فإنه لا يلتزم بعد ذلك - بداهة - بشيء نحو صاحب المنشآت^(٣).

ثانياً : الاستثناءات :

٩٦ - إذا كان الأصل، كما قلنا، أن صاحب الأرض باعتبارها الشيء الأصلي، هو الذي يملك المنشآت التي يقيمها الغير عليها، بمقتضى الالتصاق، فقد خرج المشرع على هذا الأصل، وجعل الأرض هي التي تملك لمن أقام المنشآت، وذلك في حالتين :

أ - الحالة الأولى (م/٨٨٣-٢) :

٩٧ - وهي تواجه فرض ما لو كانت المنشآت التي أقامها الباني حسن النية على أرض غيره قد بلغت من الجسامة حدّاً بحيث يرهق مالك الأرض أن يؤدي التعويض

(١) (٣٠٢) أنظر، الصدة ص/٣٢١ بند/٢١٠، وأحكام القضاء المصري العديدة المشار إليها فيه هامش/٣، وكذلك الفقه الفرنسي المشار إليه فيه هامش/٢، وقارن: محمد كامل مرسي جد/٣ بند/٨٩.

عنها للباني^(١)، إذا لم يغير هذا نزعها.

عندئذ، يميز المشرع لمالك الأرض أن يطلب تمليك أرضه لمن أقام هذه المنشآت^(٢).

٩٨ - ويكتفي المشرع هنا بأن يكون التعويض مرهقا لمالك الأرض، ولا يستلزم أن يكون دفعه مستحيلا عليه. وهي مسألة يستقل القاضي بتقديرها وفق ظروف كل حالة.

ويقدر الإرهاق بمعيار ذاتي (شخصي)، بمعنى أن العبرة فيه تكون بظروف مالك الأرض المالية نفسه.

والغالب أن يتحقق هذا الإرهاق إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض ذاتها. ولكن ذلك ليس بشرط. فيجوز تحقق الإرهاق ولو كانت قيمة المنشآت مساوية أو حتى أقل من قيمة الأرض، إذا كانت ظروف صاحب الأرض المالية لا تمكنه من دفع ما هو مستحق عليه بسهولة. ولذلك فإنه إن جاز للقاضي أن يسترشد بكون قيمة المنشآت بالمقارنة لقيمة الأرض كأمانة تساهم مع غيرها في تكوين عقيدته بأن التعويض سيكون مرهقا لمالك الأرض في ضوء مجموع ظروف هذا الأخير المالية، إلا أنه لا يجوز له أن يقف عند كبر هذه القيمة، وحده، كمعيار موضوعي للقول بتوافر الإرهاق^(٣).

٩٩ - وقد نبهت محكمة النقض المصرية، بحق، إلى أن رخصة تمليك الأرض لمن أقام المنشآت، هي رخصة خولها القانون لصاحب الأرض، وترك استعمالها لمطلق اختياره، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها^(٤). ولازم ذلك، ألا يكون بوسع المحكمة، بدورها، أن تقضى، من تلقاء نفسها بتمليك الأرض لمن أقام المنشآت، إذا لم يطلب مالك الأرض ذلك.

لكن، هل يجوز، على العكس، للمحكمة أن ترفض طلب صاحب الأرض تمليك أرضه لمن أقام المنشآت.

يجيب الأستاذ السهوري على ذلك بالنفي، انطلاقا مما يراه من أن تملك صاحب

(١) وهو كما رأينا، قيمة المواد وأجرة العمل، أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب ما أقيم عليها من منشآت (١-٨٨٣/م).

(٢) وذلك في نظير تعويض عادل كما سترى.

(٣) في هذا للمنى، السهوري ص/٢٩٠، ٢٩١، هامش ١/ وقرب الصلح ص/٣٢٣/بند/٢١٢، وعكس ذلك: عماد علي صرفه ص/١٠٦/بند/٥٨/هامش ١/.

(٤) نقض ١٩٦٩/٦/١٩ (مجموعة خلف ٢١٨٠٥٥٨).

المنشآت للأرض إنما يتم بإرادة صاحب الأرض المنفردة^(١). فيها يرى البعض الآخر أن المسألة جوازية للمحكمة، «فالقانون اكتفى بإعطاء صاحب الأرض الحق في طلب هذا التملك. فإذا لم يوافق صاحب المنشآت، فإن الأمر يعود إلى المحكمة»^(٢).

وليس من شك في أن الرأي الأخير هو الذي يستجيب لحرفية النص. كما أنه يكون هو الحل الأعدل في بعض الحالات، وأعني بذلك تحديدًا، الفرض الذي يكون فيه أساس حسن نية من أقام المنشآت هو سبق حصوله على ترخيص من مالك الأرض في إقامتها^(٣)، والتزام من أقام المنشآت بحدود هذا الترخيص وعدم تجاوزه.

١٠٠ - وأيا ما كان الأمر فإن تملك الأرض لمن أقام المنشآت، استعمالاً للرخصة المقررة للمالك الأرض على ما تقدم، إنما يكون - طبقاً لصريح النص - في نظير تعويض عادل. وذلك إشارة إلى سلطة القاضي في عدم التقيد بالقواعد العامة في تقدير التعويض وفي مراعاة ظروف الحالة المعروضة عليه.

ب - الحالة الثانية (م/ ٨٨٥):

١٠١ - وهي تواجه فرض ما لو «كان مالك الأرض، وهو يقيم عليها بناء، قد جاز بحسن نية على جزء يسير من الأرض الملاصقة». وفيه تجبيز المادة/ ٨٨٥ «للمحكمة أن تحكم بتمليكها (أي الباني مالك الأرض) الجزء المشغول بالبناء نظير مقابل عادل»^{(٤) (٥)}.

ووجه الخصوصية في هذه الحالة، أن الباني يبني أصلاً في ملكه، ولكنه تجاوز حدود ملكه وشغل جزءاً من أرض جاره الملاصقة، بالبناء، وبحسن نية. وغالباً ما يكون ذلك نتيجة خطأ في القياس.

وواضح أنه لو أعملنا أحكام الالتصاق بصفة مطلقة على هذه الحالة لأدى ذلك إلى نتائج غير مقبولة. إذ مقتضى هذه الأحكام أن يكون الباني بالخيار بين أن يزيل ما بناه

(١) أنظر: السنهوري ص/ ٢٩١ بند/ ١٠٤.

(٢) محمد لبيب شنب ص/ ٧٢ بند/ ٧١.

(٣) وبافتراض أن هذا الترخيص غير مقترن باتفاق بينهما بشأن هذه المنشآت، وإلا طبق الاتفاق، واستبعدت أحكام الالتصاق أصلاً.

(٤) ويقابلها في القانون المصري للمدة/ ٩٢٨.

(٥) راجع من تطبيقات القضاء لهذه الحالة، نقض مصري ١٢/٣١/ ١٩٧٤ (مجموعة خلف ٥٦١-٢١٩).

في ملك جاره، أي يزيل جزءاً من المبنى الذي أقامه، أو يترك صاحب الأرض المجاورة الجزء الذي أقيم من المبنى على أرضه فيصبح شريكاً في المبنى.

وتفادياً لهذه النتائج غير المقبولة أعطى النص للمحكمة الحق في أن تحكم بتملك الباني الجزء الذي أقام عليه المبنى من أرض جاره جبراً على مالك الأرض، وذلك مقابل تعويض عادل تقدره المحكمة وفقاً للظروف.

١٠٢ - وإزاء منطقية هذا الحل، وعمليته، فإن جانباً من الفقه الفرنسي سبق أن نادى بوجوب الأخذ به هناك، حيث لا تتضمن المجموعة المدنية الفرنسية نصاً مماثلاً. وهم يطلقون على هذه الحالة وصف الالتصاق الأفقي *l'accession horizontale* لمصلحة الباني^(١). إشارة فيما يبدو إلى أن هذا الأخير يكسب بمقتضى الالتصاق الأفقي بأرضه، ذلك الجزء اليسير الملاصق لها من أرض الجار، الذي وقع عليه الجزء من المبنى.

١٠٣ - ويظهر من نص المادة/ ٨٨٥ سابق الذكر:

١ - أن حكمه لا يتسع لأية إنشاءات من أي نوع يقع جزء منها في أرض الجار، وإنما يلزم أن تكون هذه الإنشاءات، على وجه التحديد، مبان.

٢ - أن يكون الجور على أرض الجار بمناسبة قيام مالك الأرض بإقامة بناء عليها، وأن يكون هذا الجور على جزء يسير فقط من أرض الجار. ودون هذين القيدين يصعب - في الحقيقة - تصور أن يكون الباني حسن النية كما يستلزم النص.

٣ - أن المقابل الذي يحكم به للجار يجب أن يكون هو المقابل العادل. إشارة من المشرع إلى عدم تقيد القاضي بضوابط التعويض في القواعد العامة، وإنما له أن يقدر هذا المقابل بما يراه ملائماً في ضوء ظروف الحالة المعروضة عليه. فلا يعتد فيه فحسب بقيمة الجزء من الأرض المشغول بالبناء، وإنما يراعى أيضاً مقدار ما أصاب الجار من ضرر بسبب حرمانه من الجزء من أرضه الذي صار تملكه للباني.

٤ - أن الحكم المقرر به جوازي للمحكمة، لما أن تقضي به أو ترفضه. وهو ما يفتح الباب واسعاً أمام العديد من الاجتهادات حول ما يتعين على القاضي أن يطبقه على

(١) من هذا الاتجاه: رينو (في مارتى ورينو) ص/ ١٧٨ بند/ ١٣٤.

PLANCQUEEL (A): Notes S 1956 - 185, 1960-172.

وعكس ذلك، وأن بإمكان الجار المطالبة بالهدم حتى ولو كان الباني حسن النية: أوبري دوو وبارتوان، وتقض فرنسي ١٨٤١/٧/٢٦ مشار إليهم في رينو السابق ص/ ١٧٨ هامش/ ٧.

هذه الحالة إن لم ير الأخذ بالحكم المقرر في هذا النص^(١).

خاتمة المطالبين :

١٠٤ = ويبقى في ختام هذين المطالبين اللذين عاجلنا فيهما حالة البناء (أو الغراس) في الملك بمواد مملوكة للغير (م/٨٨١) وحالة البناء (أو الغراس) في أرض الغير بمواد مملوكة للباقي (م/٨٨٢)، (م/٨٨٣)، أن نشير إلى أمرين :

الأول :

أن الأحكام السابق بيانها فيها ، وعلى ما أفصحت به المذكرة الإيضاحية ، لا تسرى بالنسبة لما يقام على أرض الغير من منشآت صغيرة لا يقصد بقاؤها على الدوام ، كالشبرات والخوانيت الخشبية ، فمثل هذه المنشآت تكون ملكا لمن أقامها^(٢).

وبناء على ذلك تطبق القواعد العامة في حق الملكية ، سواء بالنسبة لملك الأرض أو بالنسبة لملك المنشآت التي أقامها على أرض غيره . ومقتضى هذه القواعد أن يكون لملك الأرض أن يطلب الإزالة إلا إذا كان قد صرح لمن أقام المنشأة بأقامتها لمدة معينة ، فليس له طلب الإزالة خلال هذه المدة . كما أن لمن أقام المنشأة أن يزيلها في أي وقت مالم يوجد اتفاق بينه وبين مالك الأرض على أيلولة المنشأة لملك الأرض في وقت معين .

الثاني :

أنه طبقا للمادة/٨٨٤ ، «يجوز للمحكمة ، بناء على طلب من يلتزم بالمقابل أو التعويض وفقا للمادتين/٨٨٢، ٨٨٣ ، أن تقرر ما تراه مناسباً للوفاء بها تحكم به . ولها بوجه خاص أن تحكم بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية» . وواضح أن النص يقصر التيسيرات المقررة فيه على من يلتزم بالمقابل أو التعويض طبقا للمادتين/٨٨٢، ٨٨٣ فقط ، فلا يفيد منها إذن مالك الأرض الذي يلتزم بأن يدفع لجاره مقابلا عادلا نظير ما تملكه من الجزء من أرضه الذي جار عليه بالبناء

(١) أنظر : عرض للاجتهادات الفقهية بالغة البيان ، وللأحكام القضائية المتضاربة ، في شأن حكم هذه الحالة ، في فرنسا ، حيث لا نص خاص يحكمها في التقنين المدني ، في محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٦٨ ، ٣٦٩ بند/ ٢٠٤ وهوامشه .

(٢) وقد أشرنا في موضع سابق إلى أن نص المادة/٩٢٩ مدني مصري صريح في إخراج أمثال هذه المنشآت الصغيرة من أحكام الالتصاق .

بحسن نية (م/٨٨٥). ولعل المشرع قدّر هنا كفاية حصول مالك الأرض (الباني) على ميزة تملك جزء من أرض الجار، فلم يشأ أن يكون له أيضا أن يجزئ دفع مقابلها العادل له على أقساط.

المطلب الثالث

البناء (أو الغراس) في أرض الغير بمواد مملوكة لشخص ثالث

الوضع في هذه الحالة، والنص الذي يحكمها:

١٠٥ - الفرض في هذه الحالة من حالات الالتصاق، أن شخصا يحدث بناء أو غراسا أو منشآت أخرى، على أرض غيره، بمواد مملوكة لشخص ثالث.

وواضح أن هذه الحالة تختلف عن سابقتها. صحيح أن الباني هنا يبنى أيضا في ملك غيره، لكنه يبنى بمواد ليست مملوكة له وإنما مملوكة لشخص ثالث.

لذلك، إذا كان من المفهوم أن تقتصر النصوص، في الحالة السابقة، على تنظيم أحكام العلاقة بين الباني ومالك الأرض، من حيث لا توجد ثمة علاقة أخرى، فإن الوضع هنا مختلف. فالحالة التي نحن بصددتها تثير علاقيتين أخريتين هما، أولا: علاقة مالك المواد بمن أخذها (وبنى بها)، وثانيا: علاقة مالك المواد بمالك الأرض.

وهاتان العلاقتان هما اللتان اقتصرت على تنظيم أحكامهما المادة/٨٨٦، من حيث تخضع علاقة الباني (أخذ المواد) بمالك الأرض لأحكام الالتصاق المقررة بالمادتين/٨٨٢، ٨٨٣ سابقتي الذكر. تلك الأحكام التي تنعكس، بشكل غير مباشر، كما سنرى، على حقوق صاحب المواد ومالك الأرض، كل في مواجهة الآخر.

١٠٦ - فتنص المادة/٨٨٦ على أنه:

١ - إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى، على أرض غيره، بمواد مملوكة لشخص ثالث، كان للمالك المواد أن يرجع بالتعويض على من أخذها، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد عما بقي في ذمته من قيمة ما استحدث على أرضه.

٢ - وإذا كان من أحدث البناء أو الغراس أو المنشآت حسن النية، كان للمالك المواد أن يطلب نزعها إذا لم يلحق ذلك بالأرض ضرراً.

أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق :

أ - من حيث حقوق صاحب المواد في مواجهة من استخدمها (الباني) :

١٠٧ - بناء على نص المادة/٨٨٦ سابق الذكر، وأحكام القواعد العامة، إذا كان من أخذ المواد (الباني) في علاقته بصاحب الأرض، سىء النية، وأجبر على نزع المواد^(١)، أو كان حسن النية واختار هو نزعها^(٢)، فيكون لمالك المواد أن يستردها منه، مع التعويض إن كان له مقتض. ذلك أن استردادها وحده قد لا يكون كافيا في بعض الأحيان لجبر الضرر الذي أصاب مالكها من جراء استخدامها في البناء ثم نزعها، كما لو تلفت، جزئيا، مثلا أثناء النزع، أو ثبت أن مالكها كان بحاجة ماسة لها في الفترة التي استمرت فيها مندجة بالأرض بحيث ترتب على حرمانه منها ضرر أصابه.

١٠٨ - أما إذا كان مالك الأرض قد تملك المنشآت بالالتصاق، فيكون لمالك المواد، وقد فقد مواده، أن يرجع، بقيمتها، أصلا على من استخدمها. ذلك هو مقتضى القواعد العامة في المسؤولية، وما يستخلص كذلك من نص المادة/٨٦٦ التي تجعل لصاحب المواد الرجوع - بوجه عام - على من استخدمها، بالتعويض. وإلى جانب هذه القيمة يكون له أن يرجع عليه بالتعويض بسبب فقدانه ملكيته لها، إن كان لذلك وجه.

ب - من حيث حقوق صاحب المواد في مواجهة مالك الأرض :

١٠٩ - إذا كان مالك الأرض قد تملك المنشآت، فوفقا للقواعد العامة لا يكون لمالك المواد أن يرجع عليه بشيء، إلا بالدعوى غير المباشرة.

لكن المشرع لم يكتف بذلك، وإنما جعل لصاحب المواد، بصريح نص المادة/٨٦٦، أن يرجع مباشرة على مالك الأرض بها له من تعويض قبل من أقام المنشآت، وذلك في حدود ما بقي^(٣) في ذمة مالك الأرض في نظير تملكه لما استحدثت على أرضه^(٤).

(١) إصلا للمادة ٨٨٢.

(٢) إصلا للمادة ٨٨٣.

(٣) (٤) ولذلك، فإن من حسن التصرف أن يسارع مالك المواد بإبذار صاحب الأرض بعدم الوفاء بها هو مدين به لمن أقام المنشآت (نظير تملكه لما استحدثت في أرضه)، لأن له هو، في مواجهة من أقام المنشآت حقا في التعويض (حيث أقيمت هذه المنشآت بمواده). وفي هذه الحالة يمتنع على صاحب الأرض الوفاء بها عليه لمن أقام المنشآت.

١١٠ - إلى هذا، وخلافا لحكم القانون المصري الذي لا يميز لملك المواد طلب استردادها^(١)، تعطى المادة/٨٦٦ كذلك لملك المواد - إذا كان من أحدث البناء أو الغراس حسن النية - أن يطلب نزعها إذا لم يلحق ذلك بالأرض ضررا.

وأساس هذا الخيار، أن من أقام المنشآت، له أصلا - بمقتضى حسن نية - أن يطلب نزعها^(٢)، فيستطيع - بالتالي - مالك المواد أن يطلب ذات الطلب بطريق الدعوى غير المباشرة طبقا للقواعد العامة. فرأى المشرع عدم الاكتفاء بهذه الدعوى وأعطى مالك المواد دعوى مباشرة يمكنه بها أن يطلب نزع مواده. وليس لصاحب الأرض أن يتضرر من ذلك طالما أن من أقام المنشآت يستطيع النزع.

(١) تأسيسا - في نظر البعض - على أن حق صاحب الأرض قد تعلق بهذه المواد. انظر في هذا التأسيس : الصده
ص/ ٣٤٣ بند/ ٢٢٢ .
(٢) بمقتضى المادة/ ٨٨٣ .

المبحث الثالث التصاق المنقولات L'accession mobiliere

صور التصاق المنقول بالمنقول :

١١١ - في هذا الفرض من فروض الالتصاق، يندمج منقولان (أو أكثر)، مملوكان لشخصين مختلفين (أو أكثر) بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف . ويأخذ هذا الاندماج إحدى صور ثلاث :

١ - الضم : adjonction : وفيها يتحد المنقولان ، فيكونان شكلا واحدا . ولكن يمكن مع ذلك التمييز بينهما^(١) . كوضع صورة في إطار ، أو ترصيع سوار بأحجار كريمة^(٢) .

٢ - المسجج : mélange : وفيها يختلط المنقولان بحيث لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر ، كما تزاج سائلين ببعضهما .

٣ - التحويل : specification : وفيها يترتب على الاندماج وجود شيء جديد مغاير لكل من المنقولين ، كتحويل الدقيق والسمن إلى فطائر . ويُدخل الفقه الفرنسي تحت هذه الصورة ، وجود شيء جديد على أثر اندماج منقول بجهد أو بعمل . ومثالا ، تحول الأقمشة والألوان إلى لوحة فنية على يد (أو بجهد) رسام .

(١) أو على حد تعبير رينو : «quelque demeurant reconnaissables et separables» .

المرجع السابق ص/ ٥١٥ بند/ ٤١٢ .

أو كما عبر شاباس «gardant leur identité» المرجع السابق ص/ ٣١٥ بند/ ١٦١٠ .

(٢) أنظر في أمثلة أخرى ، من تطبيقات القضاء الفرنسي :

Tr. civ. Bayonne 17,2,1948 S 1948 - 2 - 150

ندرة كسب ملكية المنقول على أساس التصاقه بمنقول آخر:

١١٢ - ويندر في الوقت الراهن أن يكون الالتصاق أساساً لكسب صاحب منقول ملكية منقول التصق به مملوك لآخر. ذلك أن الالتصاق يفترض - كما بينا - أن يكون المنقولان المتدجان مملوكين لشخصين مختلفين، فيملك صاحب أحدهما المنقول الآخر الذي التصق به. بيد أن قاعدة الحياة في المنقول سند الملكية، التي تأخذ بها معظم الشرائع المعاصرة ومنها القانون الكويتي، من شأنها أن تؤدي - في الأعم الأغلب - إلى أن يكون مالك أحد المنقولين قد سبق، بحيازته للمنقول الآخر، أن اكتسب ملكية هذا الآخر بمقتضى الحياة نفسها، فلا يتحقق الالتصاق بعد ذلك بين المنقولين. ولا نقول - كما يقول البعض^(١) - فلا يعد مالك المنقول بحاجة إلى قواعد الالتصاق للتمسك بملكية المنقول الآخر^(٢).

لذلك تضاعفت إلى حد كبير أهمية الالتصاق كسبب لكسب الملكية في نطاق المنقولات، على عكس ما كانت عليه في القانون الروماني حيث لم تكن روما تعرف قاعدة الحياة في المنقول سند الملكية^(٣)، ولم يعد يعمل، تقريباً، إلا حيث لا تعمل هذه القاعدة لعدم توافر شروطها.

حكم التصاق المنقولات (سلطة القاضي التقديرية):

١١٣ - إذا لم يملك صاحب أحد المنقولين المنقول الآخر بمقتضى الحياة، ولم يوجد اتفاق بين المالكين، ثور عندئذ مسألة الالتصاق. غير أن المشرع لم يشأ أن يضع قاعدة عامة تحكم هذا النوع من الالتصاق، بل ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية ليقتضى فيه مراعاة الضرر الذي حدث، وحالة الأطراف، وحسن أو سوء نية كل منهم^(٤) (م/ ٨٨٧)^(٥). فقد يعتبر - مثلاً - أحد المنقولين أصلاً ويملك صاحبه المنقول التابع

(١) أنظر محمود جمال الدين زكي ص/ ٣٧٢ بند/ ٢١٣.

(٢) راجع محمود جمال الدين زكي الموضع السابق، ص/ ٣٠٨.

(٣) ويقابلها في مصر المادة/ ٩٣١.

(٤) أما القانون الفرنسي، فقد وضع حلولاً تفصيلية للالتصاق بين المنقولات، نوجها هنا على أنها أمثلة لما يمكن أن يحكم به القاضي الكويتي، إعمالاً لسلطته التقديرية المشار إليها:

طبقاً للمادة/ ٥٦٦ (معدلة بقانون ١٧ مايو ١٩٦٠)، إذا كان المنقولان رغم انضمامهما، يمكن الفصل بينهما بحيث يمكن أن يستقيم كلامهما دون الآخر، يكون المكون جمعه ملكاً لصاحب المنقول الذي يشكل

مع تعريض مالك هذا الأخير. وقد يرى قسمة الخليط بين المالكين كل بنسبة حصته إن كان ذلك ممكناً. وقد يجعل ملكية الخليط شائعة بين المالكين. وقد يحكم ببيعه وقسمة ثمنه بين المالكين . . . الخ.

الجزء الأساسي فيه، مقابل دفع قيمة المنقول الآخر لصاحبه، مقدرة يوم الوفاء. ويعد جزءاً أساسياً (طبقاً للمادة/٥٦٧)، الجزء الذي ما اتحد به الآخر إلا من أجل إعداده للاستعمال أو لتكميلته أو لتجميعه. ومع ذلك، فإذا كان الشيء غير الأساسي أقوم بكثير من الشيء الأساسي، وكان قد استخدم بدون علم مالكة، فإن هذا أن يطالب بفصل المكون حتى يسترد منقوله، حتى ولو كان يتربّ على ذلك أن تقل بعض الشيء قيمة الشيء الذي اتحد به (م/٥٦٨). أما إذا كان المنقولان اللذان انضباً فكوناً وحدة واحدة، لا يمكن أن يُنظر لأحدهما على أنه العنصر الأساسي في هذا المكون، وللآخر على أنه العنصر الثانوي، طبقاً للمعيار السابق، فإنه يعتبر أساسياً للمنقول الأكبر قيمة، فإن تقارباً في القيمة فالأكبر حجماً (م/٥٦٩). وفي حالة ما إذا كان أحد عنصري المكون، مادة، والآخر صملاً (أو جهداً)، فالأصل أن يكون للمالك المادة ملكية هذا المكون مع دفع ثمن العمل أو الجهد المبذول مقدراً يوم الوفاء (م/٥٧٠). أما إذا كانت أهمية العمل تفوق بشكل محسوس أهمية المادة المستخدمة، اعتبرت الأخيرة هي العنصر الثانوي، ويكون لمن قام بالعمل أن يستيقها مقابل دفع ثمنها مقدراً يوم الوفاء (م/٥٧١).

وإذا امتزج شيان، كان المزيج مملوكاً على الشيوع بين مالكيها بنسبة كمية كل منهما أو قيمته (م/٥٧٣). اللهم إلا إذا كان أحد الشئيين يفوق الآخر كثيراً، بصفته أو بثمانه، فيكون للمزيج لصاحب هذا الشيء مقابل دفع قيمة الشيء الآخر للمالكه (م/٥٧٤).

أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي: MONTPELLIER 21/12/1922 G.P. 1923-1-242

وليزيد من التفصيل في شرح هذه الحلول راجع، شاباس (في مازو) ص/٣١٥ بند/١٦١٠، رينو (في مارتري ورينو) ص/٥١٥ وما بعدها بند/٤١٢.

الفصل الثالث

الشفعة préemption

تمهيد:

في التعريف بالشفعة، وسند شرعيتها، وخصوصيتها كسبب للملك:

١١٤ - ورد تعريف الشفعة، كسبب لكسب الملكية، في المادة/٨٩١ مدني، على أنها: «حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول...».

١١٥ - والشفعة نظام مستمد من الفقه الاسلامي، لا تعرفه، من ثم، القوانين الغربية. ويستند في شرعيته إلى السنة^(١).

١١٦ - وهي - من حيث ما تؤدي إليه من تملك الشفع للمبيع جبراً عن المشتري - حق يثبت على خلاف الأصل، إذ تنافي قاعدة الرضا في انتقال الملك من شخص لآخر. فهي - من هذا - استثناء من هذه القاعدة، ولكنه استثناء دعت إليه المصلحة. ولهذا فتنظيم الشفعة في القانون يقوم أساساً على الموازنة بين اعتبارين: الأول، هو احترام الأصل العام في حرية التصرف وما يقتضيه هذا الأصل من ضرورة الرضا لانتقال الملك. والثاني: هو اعتبار المصلحة التي تتحقق من الأخذ بالشفعة.

١١٧ - وقد اختلف فقهاء الشريعة في بيان أسباب استحقاق الشفعة، وفي الحكمة من شرعها. وقد انعكس هذا الاختلاف على مسلك قوانين البلاد العربية من الشفعة، فبعض الدول لم تأخذ بها^(٢). ولكن أكثر الدول، ومنها الكويت ومصر، أخذت بها. وإن اختلفت التشريعات في مدى هذا الأخذ سعة وضيقاً.

(١) ففي البخاري، عن جابر بن عبد الله، رضي الله عنهما، قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

(٢) كسوريا.

مدى الأخذ بنظام الشفعة في القانون الكويتي :

١١٨ - يختلف المدى الذي ذهب إليه المشرع الكويتي في الأخذ بالشفعة : سواء من حيث أسباب استحقاقها أو من حيث الأموال التي يمكن أن تؤخذ ملكيتها بها ، اختلافًا جوهرياً عن المدى الذي ذهب إليه المشرع المصري في هاتين الناحيتين :

١١٩ - فمن حيث أسباب استحقاقها ، أو في عبارة مساوية ، من حيث تحديد الأشخاص الذين يحق لهم الأخذ بها ، يضيق كثيراً نطاق الشفعة في القانون الكويتي عنه في القانون المصري . ففي الأخير يتسع نطاق الحق في الأخذ بالشفعة ليشمل خمس طوائف من الأشخاص^(١) ، من بينهم الشريك في الشيوع إذا بيع شيء من المال الشائع لأجنبي . فيما يضيق نطاق هذا الحق ، في القانون الكويتي ، فينحصر في هذه الطائفة من الأشخاص ، وحدها .

وتحديداً ، رأى المشرع المدني الكويتي ، وعلى العكس من المشرع المصري ، استبعاد الجوار بالذات كسبب من أسباب الشفعة^(٢) . وكان رائده في ذلك - كما ورد في المذكرة الإيضاحية - أن المحكمة من تقرير الشفعة للجار لم يعد لها في ظروف العصر الحالي من الأهمية ما يستدعي الخروج على الأصل وهو اشتراط الرضا في انتقال الملك^(٣) . ومع ذلك فقد عثرنا على نص يعتبر من قبيل تقرير الحق في الأخذ بالشفعة للجار ، وهو نص المادة/٩ من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة . هذا

(١) ذكرهم المادة/٩٣٦ ، وعلى سبيل الترتيب الأولي : وهم :

أ - مالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع للملابس لها أو بعضه .

ب - الشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي .

ج - صاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة للملابسة لهذا الحق أو بعضها .

د - مالك الرقبة في المحكر إذا بيع حق المحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .

هـ - الجار للملك ، في الأحوال الآتية :

١ - إذا كانت العقارات من الملبات أو من الأراضي المعلقة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى .

٢ - إذا كانت للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق ارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .

٣ - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

(٢) ولعله استرشد في ذلك بأن الجوار كسبب من أسباب الشفعة لم يأخذ به من المذاهب الإسلامية سوى المذهب الحنفي دون باقي المذاهب .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على النصوص المنظمة للشفعة .

المرسوم الذي ينظم، من بين ما ينظم، طريقة بيع هذه الأملاك. إذ تقتضي هذه المادة بأنه: «في الحالات التي يكون فيها الجزء المباع متما لعقار مجاور، تكون أولوية شرائه للمالك...»^(١). وهذا النص يوقعنا في حيرة شديدة لانخفاضها، عندما تقرره من حق الأخذ بالشفعة النصوص المنظمة للشفعة في المجموعة المدنية، لا فيما قرره من حق الأخذ بالشفعة للجار^(٢)، فلعله في ذلك يكون استثناء على الأصل المقرر في هذه المجموعة، وإنما لأن المادة ٦ من ذات المرسوم توجب أن يكون بيع أملاك الدولة بطريقة المزااد العلني أصلاً، فيما تقتضي المادة ٨٩٣/١ من المجموعة المدنية صراحة بأنه: «لا شفعة إذا تم البيع بالمراد العلني...»^(٣).

١٢٠ - أما من حيث الأموال التي يجوز أن تكسب ملكيتها بالأخذ بالشفعة فتستع، على العكس، نطاق الشفعة في القانون الكويتي عنه في القانون المصري، من حيث يقتصر في الأخير على العقارات فقط، فيما يشمل في الأول كلا من العقار والمنقول على السواء.

وهذا التوسع مفهوم في الحقيقة. ذلك أنه إذا نظرنا إلى المسألة على ضوء الحكمة من تقرير الشفعة في الحالة التي أخذ بها المشرع الكويتي، لا يظهر أي مبرر للفرقة بين العقار والمنقول، ففي جميع الأحوال تكون الحكمة هي منع دخول أجنبي بين الشركاء^(٤). وهذه الحكمة تقتضي الأخذ بالشفعة عند بيع العقار أو المنقول على السواء. بل قد يكون إثبات الحق في الأخذ بالشفعة عند بيع بعض المنقولات أولى منه عند بيع العقارات، كما هي الحال عندما يبيع أحد الملاك على الشيوع في المحل التجاري حصته الشائعة.

ولى هذا، فقد أمكن للمشرع الكويتي بهذا التوسع أن يجمع بين ما يعرف في

(١) «وإذا كان هذا معسراً جاز - بعد العرض على مجلس الوزراء - تسطيط ثمن البيع له بحيث لا يتجاوز مدة التسطيط خمس سنوات، وألا يقل المبلغ المدفوع عن ٢٥٪ من الثمن».

(٢) الذي يشفع هنا من الراسي عليه المزااد.

(٣) فنجد أنفسنا هنا أمام مظهر من مظاهر التناقضات التي توجد بين بعض نصوص التشريعات الكويتية أحياناً. أنظر: محمد شكوي مروز: تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشرة (العدد الأول والثاني، مارس - يونيو ١٩٩٣) الصفحات من ١١١ - ١٢٩.

(٤) وليس كما يقول واضع للمذكرة الإيضاحية «جمع ما تفرّق من عناصر الملكية»، فهذه الحكمة تصدق على حالة تقرير الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع للملابس لها، أو تقريرها لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة للملابسة له. بيد أن القانون الكويتي لا يقرر الحق في الشفعة في هذه الحالات.

القانون المصري بحق استرداد الحصة الشائعة^(١)، والشفعة، في تنظيم واحد، لأن حق الاسترداد هو في حقيقته شفعة.

الطبيعة القانونية للشفعة :

١٢٩ - ذكرنا أن المشرع الكويتي عرف الشفعة (في المادة/ ٨٩١) بأنها «حق...»، وتجنب تعريفها بأنها «رخصة» كما فعلت بعض التشريعات ومنها القانون المصري.

وقيل في تبرير ذلك، أن «مصطلح رخصة لا يزال في علم القانون غير منضبط، ويستخدم في أكثر من معنى»^(٢).

والحقيقة أن طبيعة الشفعة محل خلاف^(٣). وقد ثار هذا الخلاف أصلاً بمناسبة تحديد مدى جواز التوارث فيها. فمن قائل بأنها مجرد رخصة (أو خيار)، إلى قائل بأنها حق^(٤). والقائلون بأنها حق، ذهب بعضهم إلى أنه حق عيني، وذهب البعض الآخر إلى أنه حق شخصي، مفهوم هنا لا بمعناه التقليدي كمقابل للحق العيني وإنما بمعنى أنه حق متصل بشخص الشفيع. بينما رأى آخرون أن الشفعة ليست بحق عيني ولا حق شخصي، بل هي ليست بحق أصلاً. إنها الشفعة سبب لكسب الحق^(٥). والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه^(٦). وتبدأ الشفعة عند أنصار هذا التحليل الأخير، بأن يوجد الشفيع في مركز قانوني تهيأت له أسباب وجوده فيه (ككونه - مثلاً - في القانون الكويتي شريكاً في مال شائع ثم يباع حصة من هذا المال لأجنبي)، فتتسأ له بذلك رخصة تحوله الحق في أن يملك المال المشفوع فيه بإرادته المنفردة، وذلك

(١) وهو حق يثبت للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال، بموجبه يكون له أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي (م/ ٨٣٣).

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليلاً على نصوص الشفعة.

(٣) أنظر عرض مفصل لهذا الخلاف في: السهوري ص/ ٤٤٥-٤٥٢ بند/ ١٦٢ والحوامش. وانظر في التكيف القانوني للشفعة، إبراهيم الدسوقي، التكيف القانوني للشفعة، مقال بمجلة المحامي السنة ١٢ يونيو ١٩٨٩.

(٤) راجع في تفاصيل التفرقة بين الحق والرخصة: محمد شكري مرور، النظرية العامة للحق، المرجع سابق الإشارة - الصفحات من ٢٨-٣٠ بند/ ١٢.

CARBONNIER (Jean), Droit civil To:1 parts 1971 p. 148 et s. no. 40

(٥) من هذا الرأي: السهوري ص/ ٤٧٧ بند/ ١٦٢، وفي هذا المعنى أيضاً قيل بأن الشفعة وليست إذن سوى طريقة لاكتساب الملكية، شأنها في ذلك شأن البيع، وهو ليس حقاً عينياً بل هو طريقة لاكتساب =

بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة^(١).

تقسيم:

بعد هذا التمهيد، نوزع الدراسة في الشفعة على أربعة مباحث: نعرض في الأول لشروط الأخذ بها، وفي الثاني لإجراءاتها، وفي الثالث لمسقطاتها، وفي الرابع والآخر لما يترتب عليها من آثار.

المملكية وليس حق الشفعة بأقوى من البيع، مع أن البيع لم يوصف في وقت ما بأنه حق عيني. قول منسوب لأحد أعضاء لجنة مجلس الشيوخ المصري، إبان وضع مشروع التقنين المدني الحالي، مشار إليه في مجموعة الأعمال التحضيرية جـ/٦، ص/٣٥٣ في الغامش.
(١) أنظر: السبوري ص/٤٤٨ وما بعدها بند/١٦٢.

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

تقسيم :

شروط الأخذ بالشفعة متعددة: فمنها ما يتعلق بطالب الشفعة، ومنها ما يتعلق بالتصرف المشفوع فيه، ومنها ما يتعلق بالمشفوع منه (المشتري)، ومنها أخيراً ما يتعلق بالمال المشفوع فيه. ونخصص لكل من هذه الشروط مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

الشروط التي تتعلق بطالب الشفعة

تمهيد :

١٢٢ - تتعدد الشروط التي تتعلق بطالب الشفعة. حيث يتعين أول ما يتعين أن تثبت له الصفة التي تخوله، قانوناً، حق طلب الشفعة. كما يتعين أن تكون هذه الصفة ثابتة له وقت البيع الذي يشفع فيه، وأن تظل ثابتة له حتى تمام الأخذ بالشفعة. كما يجب ألا تكون الشفعة ممتنعة عليه، قانوناً، لسبب خاص.

ونفصل فيما يلي هذه الشروط تباعاً. مكتفين، فيما يتعلق بأهلية الشفيع بالتنويه إلى وجوب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للأخذ بالشفعة وهي أهلية التصرف، لأن الشفيع، بإرادته، يحل بمقتضى الشفعة محل المشتري في البيع الذي أبرمه، فيكون للشفعة بالنسبة له أثر البيع^(١).

(١) وإذا كان من يراد له الأخذ بالشفعة صغيراً أو موصى عليه أو محجوراً عليه أو غائباً، جاز لوليّه أو وصيه أو القيم عليه أو الوكيل عنه، أن يأخذ بالشفعة نيابة عنه، في الحدود التي يميها القانون.

أولاً: أن تثبت لطالب الشفعة الصفة التي تحوله قانوناً حق الأخذ بالشفعة:

حصر الشفعاء في طائفة الشركاء في الشيوخ (م/٨٩٢):

١٢٣ - ثبت الحق في الشفعة - في القانئون الكويتي - لطائفة محددة من الأشخاص، وهم الشركاء في مال شائع. فتقتضى المادة/٨٩٢-١ بأنه: «ثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوخ إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء».

وهكذا، يجب، أول ما يجب، أن تكون لطالب الشفعة صفة الشريك في مال شائع حتى يمكنه الأخذ بالشفعة.

١٢٤ - والحكمة من تقرير الحق في الشفعة لهذه الطائفة من الأشخاص واضحة، وهي منع دخول أجنبي بين الشركاء قد لا يرتضونه. ولذلك يشترط النص صراحة أن يكون بيع الحصة الشائعة لواحد من غير الشركاء. وعلى ذلك، فلا يجوز لشريك في شيوخ، بيعت حصة منه لشريك آخر، أن يشفع في هذا البيع.

١٢٥ - فإن توافرت هذه الصفة، فلا يهم بعد ذلك كون الشفيع شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً (باستثناء الوقف كما سترى في موضع لاحق). كما لا أهمية لمقدار الحصة التي يستند إليها الشفيع في طلب الشفعة بالمقارنة للحصة المبيعة.

إنما يلزم أن يكون الشفيع شريكاً في ذات المال الذي يريد - بالشفعة - أن يأخذ الحصة المبيعة منه. وعلى ذلك فلا يجوز - مثلاً - لشريك في مجرى للرى يشق الأرض المبيعة، أو لشريك في حائط فاصل بين ملكه وملك الجار، أن يستند إلى هذه الصفة، للشفعة في بيع الأرض أو بيع ملك الجار، لأن حقه الشائع يقتصر على المجرى أو على الحائط.

فإن توافر الشرط السابق، استوى بعد ذلك أن يكون الشيوخ (الذي يستند الشفيع إلى كونه أحد الشركاء فيه) هو شيوخ في ملكية تامة، أو شيوخ في ملكية رقة فقط أو في حق انتفاع فقط. ففي الحالتين الأخيرتين أيضاً، إذا بيعت حصة شائعة في أي منها، لأجنبي، جاز للشريك في الشيوخ أن يأخذها بالشفعة.

لكن لا يجوز لشريك في ملكية الرقة أن يشفع في بيع حق الانتفاع للملابس لها، ولا للشريك في حق الانتفاع أن يشفع في بيع حق الرقة للملابس له. فتلك حالات من حالات الشفعة أخذ بها القانون المصري ولم يأخذ بها القانون الكويتي.

مشكلة الشفعة في بيع الطبقات والشقق:

١٢٦ - وفي خصوص تعدد ملاك الطبقات أو الشقق في المبنى الواحد، يثور التساؤل عن مدى إمكان أخذ الطبقة (أو الشقة) التي يبيعها أحد الملاك، من قبل مالك آخر، على أساس من الاشتراك في الشيوع^(١).

وخصوصية ملكية الطبقات أو الشقق، أن مالك كل طبقة أو شقة، إن كان يمتلكها ملكية مفرزة، هذا صحيح، إلا أن في مجموع البناء ما يعرف بالأجزاء المشتركة، كالمداخل والأفنية والأسطح... الخ، التي يكون الانتفاع بها للمالكين جميعاً. كما أن مالك كل طبقة أو شقة يكون له - عادة - نسبة في ملكية الأرض المقام عليها البناء.

١٢٧ - بعض الشراح يجيب على تساؤلنا السابق بالنفي^(٢) فيما يجيب البعض الآخر بالإيجاب، لأن «أبنية الطبقات (أو الشقق) تقوم كلها على الأرض، والأرض تعتبر ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات (أو الشقق)... فصاحب الطبقة (أو الشقة) إذا باعها، إنما يبيع معها حصته الشائعة في الأرض التي أقيمت عليها طبقته (أو شقته) فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأرض، في الطبقة (أو الشقة) التي بيعت»^(٣).

ويدعم أنصار الاتجاه الأخير وجهة نظرهم بالقول بأنه، إذا كانت الشركة في الشيوع الاختياري تصلح أساساً للأخذ بالشفعة إن بيعت حصة من المال الشائع لأجنبي، فمن باب أولى الشركة في شيوع إجباري^(٤). وهم يشيرون بذلك إلى مجموعة النصوص التي تقيم هذا النوع الأخير من الشيوع، وهي في مجملها لا تختلف في القانون المصري عنها في القانون الكويتي.

فمالك الجزء المفرز - في أمثال هذه الأبنية - «يعتبر مالكا حصة شائعة في الأجزاء المشتركة...» (٢-٨٤٨م). وتشمل الأجزاء المشتركة بوجه خاص... الأرض المقام

(١) وفي بعض القوانين التي تجعل من الجوارى من الملك سبباً ممكناً للأخذ بالشفعة، كالقانون المصري، قد لا يكون مالك الطبقة أو الشقة بحاجة إلى فكرة الاشتراك في الشيوع كأساس لأخذ الطبقة أو الشقة المبيعة بالشفعة، إذا كانت هذه تجاور طبقته أو شقته تجاوراً رأسياً أو أفقياً. إنما يظل التساؤل المطروح في المتن قائماً، في هذه القوانين، فيما لو لم يكن هناك تجاور بهذا المعنى.

(٢) من هذا الرأي: محمد كامل مرسى، بند/٢٢٥.

(٣) (٤) في هذا المعنى: السنهوري ص/٥٦٩، ٥٧٠، بند/١٨٥، وقرب: محمد علي عرفة ص/٤٢٤ بند/٢٤٢.

عليها البناء» (م/٨٤٩-١). «والأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة، ولا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا. والتصرف في الجزء المقرز يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة» (م/٨٥٢).

وقد أيدت محكمة النقض المصرية الاتجاه الأخير، حملا على ذات الأسباب^(١).

١٢٨ - والحقيقة، أن هذا الاتجاه الأخير محل نظر، من عدة وجوه:

فهو - من جهة أولى - لا يستجيب لصريح النص الذي يقرر الحق في الشفعة للشريك في الشيوع، والذي يقصره على حالة ما «إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء». بما يعني أن التصرف المجزئ للشفعة هو التصرف في الحصة الشائعة ذاتها. حين أن التصرف هنا ينصب على الطبقة أو الشقة (وهي وحدة مفرزة). صحيح أن التصرف في هذه أو تلك يشمل حصة المتصرف في الأرض. لكن البيع انصب أصلاً على الطبقة أو الشقة. وإلحاق الحصة الشائعة من الأرض بهذا البيع يتم بالتبعية. فيكون الصحيح - في تكيف الصيغة ككل - هو الاعتداد بالبيع الأصلي فيها. ولا يسوغ أن يستند مالك الطبقة أو الشقة إلى مجرد ما له من اشتراك في الشيوع في الأرض للوثوب منه إلى أخذ الطبقة أو الشقة المبيعة بالشفعة. هذا إلى أن إلحاق الحصة الشائعة من الأرض والأجزاء المشتركة ببيع الطبقة أو الشقة، حكم قصد به غاية لاصلة لها بفكرة الشفعة. وهي تمكين مالك كل طبقة أو شقة من حسن الانتفاع بها ووضع حد للمنازعات التي يمكن أن تنور بين المالكين المتعديين حول مدى أحقية كل منهم في استعمال هذه الأجزاء ومدى نصيبه في تحمل أعبائها.

من جهة أخرى، فإن منع الشفعة في هذا البيع لا يتعارض والحكمة التي بنى عليها تقرير الشفعة للشركاء في الشيوع. فملاك الطبقات أو الشقق، في ظل أزمة الإسكان، لم يختار بعضهم بعضاً أصلاً حتى يقال بأن في تقرير الشفعة لهم ما يمكنهم من تحاشي دخول أجنبي بينهم قد لا يرتاحون لجواره. خصوصاً في حالة ما يمكن أن أسميه بالشيوع التدريجي، وأقصد بذلك الحالة التي يكون فيها صاحب أرض قد أقام بناء عليها من عدة طبقات أو شقق ثم يأخذ في بيع هذه الطبقات أو الشقق تدريجياً لمن يختارهم هو من المشترين.

ومن جهة ثالثة، فإن هذا الرأي يمكن أن يفضي بنا إلى نتيجة يصعب قبولها. فإذا لوتزامح على الشقة (أو الطبقة) المبيعة أكثر من شفع، فهل نقسمها بينهم، كما يقضى

(١) أشار لذلك إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/١٣٢/تد/١١٩.

القانون، كل بنسبة نصيبه؟

وأياً ماكان الأمر، فقد أصدرت محكمة النقض المصرية مؤخراً، حكماً من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من أهمية ما سبق أن قرره من جواز الشفعة في بيع الطبقات أو الشقق. حين قضت بأن: «قيام مالك الأرض بإقامة بناء عليها بقصد تمليك طوابقه أو شققه للخير بطريق البيع، يعد نزولاً منه عن حقه، في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند إعادة بيعها، باعتباره المفهوم الصحيح لإرادة المالك الأصلي في نظام تمليك الطوابق أو الشقق»^(١).

ثانياً: أن تكون هذه الصفة ثابتة للشفيع وقت صدور البيع :

١٢٩ - ونعني بذلك أن يكون قد اكتسب الحق الذي يخلع عليه صفة الشريك في الشيوخ، بالفعل، من قبل صدور البيع الذي يريد أن يشفع فيه أو على الأقل وقت صدوره. ويرر هذا الشرط أنه منذ صدور البيع تنشأ للشفيع مكنة طلب الشفعة بافراض توافر شروط الأخذ بها فيه. فيجب أن يكون منذ هذه اللحظة مستوفياً لهذه الشروط.

وفي هذا المعنى، جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن: ملكية الشفيع لما يشفع به «شرط قبول دعواه». وقد رتب على ذلك أنه «إذا ما أنكر عليه المشتري هذه الملكية، تعين على المحكمة (محكمة الموضوع) أن تستظهر حقيقة هذا الدفاع. . . وإلا كان حكمها معيباً لما يشوبه من القصور في التسييب»^(٢).

١٣٠ - وطبقاً للقواعد العامة، فإن الشفيع هو الذي يكون عليه عبء إثبات سبق نشوء حقه بالفعل على صدور البيع (أو على الأقل وجوده وقت صدوره). وهو يمكنه أن يقوم بهذا الإثبات بجميع الطرق^(٣).

(١) نقض ١٩٨١/٤/١٩ (خلف ٣٧٧-٩٧٠)، وأنظر أيضاً نقض ١٩٧٨/٦/٧ (خلف ٣٧٦-٩٦٧).
(٢) نقض ١٩٥٧/٢/٧ (مجموعة خلف ٢٦٨-٣٦٨)، وفي نفس المعنى: نقض ١٩٥٦/٢/٢ (مجموعة خلف ٦٨٤-٢٦٧).

وأنظر أيضاً حكم استئناف مصر في ١٩٥٠/٥/١ (وقد جاء فيه أنه: لا تقبل الشفعة إلا إذا كان ملك الشفيع لما يشفع به سابقاً في وجوده وثبوته على التصرف في (المال) المطلوب أخذه بالشفعة)، مجلة المحاماة السنة ٣٢ رقم ١٥٣ ص/٦٦٦.

(٣) في هذا المعنى: السنهوري ص/٥١٧ بند/١٧١، محمد كامل مرسي بند/٢٥٤، البيلراوي ص/٣٦١ بند/٢٥٦ وهامش/١.

١٣١ - وإذا جادله المشتري، متمسكا بتاريخ عقد البيع، العرفي، أو غير الثابت، فالظاهر لدى الفقه عامة أنهم لا يعتبرون الشفيع من الغير في هذا التاريخ، فيكون من ثم حجة عليه إلى أن يقيم هو الدليل على أنه قدم عمدا تواطؤا بين المشتري والبائع لحرمائه من الأخذ بالشفعة^(١). وللشفيع أن يقيم هذا الدليل الأخير بجميع الطرق لأن البيع يعتبر بالنسبة له «واقعة مادية»^(٢).

ونعتقد - من جانبنا - أن الشفيع يعتبر غيرا في هذا التاريخ^(٣). فالغير في تاريخ الورقة العرفية، هو كل شخص يراد الاحتجاج عليه بالورقة إذا كان يضار من هذا الاحتجاج في حق خاص له، على فرض التسليم بصحة تاريخ هذه الورقة^(٤). وهذا التحديد ينطبق تماما على الشفيع.

هذا إلى أن الحجة التي يتمسك بها الفقه هي في اعتقادنا حجة داحضة لرأيهم أكثر منها مؤيدة. فنزول البيع، من الشفيع، منزلة الواقعة المادية، يؤكد أنه يكون غيرا فيه، ومن ثم غيرا في تاريخ الورقة العرفية المثبتة له.

١٣٢ - وتطبيقا لما تقدم من ضرورة أن يكون سبب الشفعة قد توافر للشفيع وقت صدور البيع:

أ - إذا كانت ملكية الشريك للحصة الشائعة هي، وقت صدور البيع، ملكية معلقة على شرط واقف، فإنه لا يستطيع أن يستند إليها في التمسك بالشفعة، حتى ولو تحقق الشرط بعد ذلك. ولا عبرة في هذا الشأن بالأثر الرجعي لتحقيق الشرط، «لأنه مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين»^(٥).

ب - لا يجوز لشريك في حصة شائعة يستند في ملكيته لها إلى عقد باطل أو صوري، أن يطلب الشفعة. ويكون للمشتري (المشفوع منه) أن يدفع في مواجهته بهذا البطلان

(١) البدرادي ص/ ٣٦١ بند/ ٢٥٦.

(٢) ولم يكن أنصار هذا الرأي بحاجة - في اعتقادنا - إلى مثل هذا التخريب، لأن التحايل لحرمات الشفيع من الأخذ بالشفعة يمكن - بحد ذاته - ككل أشكال الغش أو التحايل على القانون، إقامة الدليل عليه بجميع الطرق.

(٣) ومن هذا الرأي أيضا: محمد علي عرفة بند/ ١٧٤. كذلك يشير البدرادي إلى أنه كان من أنصار هذا الرأي أولا ثم عدل عنه إلى الرأي المكسي، أنظر البدرادي ص/ ٣٦١ هامش/ ١.

(٤) أنظر محمد شكوي مرور أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية. الناشر دار الفكر العربي بالقاهرة ط/ ١٩٨٦، ص/ ٩٥ بند/ ٨١.

(٥) السهري ص/ ٥٨٥ بند/ ١٨٩.

أو هذه الصورية، إذ له مصلحة أكيدة في ذلك. وبالمقابلة، فإنه يجوز للشريك الذي يستند في ملكيته للحصة الشائعة، إلى عقد قابل للإبطال^(١) أو معلق على شرط فاسخ^(٢)، أن يطلب الشفعة، إذ يكون له إذ ذاك على الحصة الشائعة ملكية حالية وإن كانت فقط مهددة باحتمال الزوال في المستقبل. ويستطيع - من ثم - قبل تقرير الإبطال أو قبل تحقق الشرط أن يطلب الشفعة. ولا يكون لهذا أو ذاك، بعد تمام الأخذ بها قضاء أو رضاء، من أثر على ما كسبه بمقتضاها. أما إن كان الإبطال قد تقرر أو كان الشرط الفاسخ تحقق قبل تمام الأخذ بالشفعة قضاء أو رضاء، فزالت من ثم ملكية الشفيع للحصة التي يشفع بها بأثر رجعي، سقط حق الشفيع في الشفعة. على أن يلاحظ - في خصوص القابلية للإبطال، أن العقد الذي تملك الشريك بموجبه الحصة التي يشفع بها، لا يجوز إبطاله إلا بناء على طلب الطرف الذي يقرر الإبطال لمصلحته، وهو هنا إما الشفيع (الشريك) أو من تعاقد معه. لذلك قضت محكمة النقض المصرية، بأنه: «إذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التي يشفع بها لأن العقد الذي يستند إليه في تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعي، وقضت المحكمة (محكمة الموضوع) للشفيع بالشفعة، بناء على أنه مالك، فلا تثريب عليها في ذلك، إذ لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فإن بطلانه لا يكون إلا نسبيا، ولهذا فالعيب الذي يشوبه لا يمنع من انتقال الملك حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله. والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان»^(٣).

جـ - إذا كان الشفيع في عقار، لا يجوز لمن يستند في صفته كشريك في هذا الشفيع، إلى عقد شراء^(٤)، أن يطلب الشفعة، إذا لم يكن هذا العقد مسجلا عند صدور البيع^(٥) الذي يريد أن يشفع فيه. حتى ولو تم التسجيل بعد ذلك، طالما أن تاريخه لاحق على

(١) أنظر نقض ١٩٤٤/٦/٨ (مجموعة عمر جـ/٤ رقم ١٤٨ ص/٤٠٩).

(٢) أنظر نقض ١٩٥٠/١١/٢٢ (مجموعة أحكام النقض السنة/٢ رقم ١٥ ص/٧٤).

(٣) نقض ١٩٤٤/٦/٨ (مجموعة خلف ٦٨١ - ٢٦٧).

(٤) ويلاحظ أن بيع ملك الغير، في القانون الكويتي لا يكون باطلا، ولكنه يكون موقوفا على أولولة ملكية المبيع للبائع أو إقرار المالك للبائع (مادة/٥٠٩). أما في القانون المصري، فإن هذا البيع يجوز للمشتري أن يطلب إبطاله، وفي كل الأحوال فإنه لا يسرى في حق المالك للعين المبيعة، إلا إذا أقره (م/٤٦٦، ٤٦٧).

(٥) لحصة الشائعة فيه.

(٦) فالعبرة بتاريخ صدور هذا البيع وليس بتاريخ تسجيله «لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن

تاريخ صدور هذا البيع^(١). بل ويرى القضاء - مؤيدا في ذلك من الفقه - أنه لا يكفي، في هذا الشأن، أن يكون من يريد الأخذ بالشفعة قد سجل صحيفة دعوى صحة ونفاذ العقد الذي اشترى به، قبل انعقاد البيع المشفوع فيه، وإنما يلزم أن يكون الحكم الصادر فيها بالصحة والنفاذ قد تم تسجيله قبل هذا البيع^(٢). بعبارة أخرى، لا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع في الفترة ما بين تسجيل صحيفة هذه الدعوى والتأشير بالحكم الذي يصدر فيها لصالحه.

وبالمقابلة، وحيث أن الشريك في الشيوع العقاري يظل مالكا للحصة الشائعة فيه، المباعية منه، إلى أن تنتقل إلى المشتري بتسجيل عقد البيع، يجوز للشريك - حتى ذلك الوقت - أن يتمسك بالشفعة بهذه الحصة إذا ما بيعت حصة أخرى من هذا العقار لأجنبي^(٣).

== مسجلا، نقض ١٩٥٤/٢/١٨ (مجموعة خلف ٢٦٣-٢٦٢)، نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ (خلف ٦٩٠-١٩٩). نقض ١٩٨١/١٢/٢٠ (خلف ٦٩٣-٢٧٠)، نقض ١٩٨٨/٦/٢٢ (خلف ٦٩٥-٢٧٠)، وأنظر أيضا: الصلة ص/٣٩٣ بند/٢٥٢، محمود جمال الدين زكي ص/٤٤٨ بند/٢٤٤.

(١) أنظر: نقض ١٩٤٦/١١/٢١ (مجموعة خلف ٦٧٣-٢٦٤)، نقض ١٩٥٠/١٢/١٤ (مجموعة خلف ٦٧٦-٢٦٥)، نقض ١٩٧٣/٢/٢٤ (مجموعة خلف ١٦٤-٧٣)، نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ (مجموعة خلف ٦٩٠-٢٦٩)، نقض ١٩٨٣/٤/١٠ (مجموعة خلف ٦٩٤-٢٧٠)، نقض ١٩٨٨/٥/٤ (مجموعة خلف ٣٣١-١٤٠)، نقض ١٩٨٨/٥/١١ (مجموعة خلف ٧٩-٨٠)، وقد جاء فيه أنه: وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها.

وفي الفقه، أنظر الصلة ص/٣٩٠ بند/٢٥٢ والفقه المشار إليه في الهوامش التالية. وعكس ذلك، تأسيسا على أن انتقال الملكية في العقار يكون بالرجمي من وقت البيع، بحسبان البيع العقاري معلقا على شرط واقف هو التسجيل، عبد السلام ذهني، مشار إليه في الصلة/٣٩١ هامش/٢، السنهوري، الوسيط ج-٤ (البيع ط/١٩٦٠ بند/٢٨٥، ج-٩ بند/١٨٩ (حيث يرى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين دون الغير) وهو رأي مرجوح نفيها وقضاه: أنظر مثلا: نقض ١٩٤٩/٢١/٢٢ مجموعة خلف ٦٧٤-٢٦٤ وقد جاء فيه أنه ولا يصح القول... بأن الملكية قبل التسجيل كانت معلقة على شرط التسجيل، وبتحققه يرتد أثره إلى تاريخ العقد، لأن التسجيل إنما يرتب أثره من تاريخ حصوله، ولأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين. أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معينا ورب عليه أثرا قانونيا فهذا الأثر لا يتحقق إلا بنهاج الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي». وفي نفس المعنى: نقض ١٩٤٦/١١/٢١ السابق، نقض ١٩٥٠/١١/٢٣ (مجموعة خلف ٦٧٥-٢٦٥).

(٢) أنظر مثلا: نقض ١٩٥٦/٢/٢٢ (مجموعة خلف ٦٨٤-٢٦٧)، البدراري ص/٣٦٢ بند/٢٥٧، الصلة

ص/٣٩٢ بند/٢٥٢، محمود جمال الدين زكي ص/٤٤٩ بند/٢٤٤.

(٣) في هذا المعنى: نقض ١٩٨٦/١/٣٠ (مجموعة خلف ٦٣٤-٢٤٩).

د- لا يجوز لمن يستند في ملكيته، للحصة الشائعة، إلى التقادم المثبت للحق، أن يطلب الشفعة، بهذه الحصة، إلا إذا كانت مدة هذا التقادم قد اكتملت وقت صدور البيع المشفوع فيه^(١).

هـ- لا يجوز لمن يتلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع، أن يتمسك بالشفعة في بيع حصة أخرى من ذات المال الشائع. ذلك أنه لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع منه (المشتري) إلا بسنده وفي حدود هذا السند. بيد أنه بمقتضى سنده أصبح مالكا لحصة مفرزة لا شريكا في شيوع ولا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا^(٢).

ثالثا: أن يظل سبب الشفعة قائما للشفيع حتى تمام الأخذ بها قضاء أو رضا:

١٣٣ - أما إن كان زال، في الفترة ما بين صدور البيع وتمام الأخذ بالشفعة رضا أو قضاء، فقد الشفيع حقه في الشفعة، ولا يستطيع أن يستمر في إجراءاتها. مثال ذلك: أن يكون هناك ثلاثة شركاء في الشيوع، طلب أحدهم الشفعة في حصة باعها ثانياً لأجنبي، ثم بعد طلب الشفعة باع هو نفسه، وأثناء نظر دعوى الشفعة، حصته التي كان قد طلب الشفعة بها للشريك الثالث. عندئذ، فإنه يفقد الحق في الشفعة التي كان قد بدأ إجراءاتها. ولن يحكم له بها. فهو لم يحتفظ بصفته كشريك في الشيوع إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة رضا أو قضاء. ولا يبقى، ممن يجوز لهم، في هذا الغرض، الأخذ بالشفعة إن أراد. في البيع السابق الذي تم لأجنبي، إلا الشريك الثالث الذي اشترى حصة الشفيع.

١٣٤ - وتطبيقاً للشرط محل البحث في هذا الموضوع:

أ - حيث ينتهي الشيوع بالقسمة، يجوز للمشفوع منه (المشتري) أن يتمسك

(١) في هذا المعنى: السنيوري ص/ ٥٨٤/ بند ١٨٩، محمد كامل مرسي بند/ ٢٦٢، محمد علي عرفه بند/ ٢٧٨، الصده بند/ ٢٥٢، محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٤٤، نقض ١٩٥٦/٢/٢ (مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٢٢ ص/ ١٦٢).

(٢) نقض ١٩٨٦/١/٣٠ (مجموعة خلف ٦٣٤-٢٤٩) وفي نفس المعنى أيضا نقض ١٩٥٣/٦/٢٥ (مجموعة خلف ٦٢٩-٢٤٧).

(٣) ويلاحظ أن هذه النتيجة لا تتسجم مع ما درجت عليه محكمة النقض نفسها مؤخرًا من القول بأن تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع ينفذ في مواجهة باقي شركائه بحسبانه في حكم التصرف في حصة شائعة، على ما سبق أن بيناه. راجع سابقا بند/ ١٣٧.

بحصول هذه الأخيرة وخروج الشفع بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من المال الذي كان شائعاً، وفقدانه - تبعاً لذلك حق طلب الشفعة، مادام ذلك حدث قبل تمام الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً. حتى ولو كان عقد القسمة في الشيوع العقاري لم يسجل، «لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير (ومنهم المشفوع منه)، صونا لحقوقهم. فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا ينفع على من لم يرقم به»^(١).

ب - نذكر بها سبق أن قلناه، من أنه، إذا قُضى بإبطال سند ملكية الشفع للحصة التي كان طلب الشفعة بمقتضاها، قبل تمام الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً، أو تحقق الشرط الفاسخ الذي كانت ملكيته لهذه الحصة معلقة عليه، قبل هذا الوقت أيضاً، فزال - من ثم - وبأثر رجعي ما كان للشفيع من ملكية للحصة التي كان شفع بها، فإن حقه في الشفعة يسقط.

رابعا: ألا تكون الشفعة محتنة - قانونا - على طالبها، لسبب خاص:

فمن جهة: يحظر القانون على الوقف أن يأخذ بالشفعة. ومن جهة أخرى فإنه بموجب القواعد العامة يتعين ألا يكون طالب الشفعة ممنوعاً قانوناً من الشراء. وفيها يلي تفصيل ذلك:

أ - يجب ألا يكون طالب الشفعة وقفاً:

١٣٥ - وعلى ذلك صريح المادة/٨٩٣ التي عدت الحالات التي تمتنع الشفعة فيها، فقتضت في الفقرة الثانية بأنه: «ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة»^(٢).

وتفترض هذه الحالة من حالات امتناع الشفعة، أن يكون هناك عقار شائع، بعضه ملك، وبعضه وقف، ويبيع الملك. فلا يجوز للوقف أن يشفع في الملك المبيع على أساس كونه شريكاً في الشيوع. إنما العكس غير صحيح، بمعنى أنه يجوز الشفعة من الوقف.

فإذا كان هذا الأخير مشترطاً لحصة شائعة فإن الشريك في الشيوع يمكنه أخذ هذه الحصة بالشفعة منه. مثال ذلك، أن يكون هناك عقار شائع مملوك لشقيقتين، باع أحدهما حصته لجهة وقف، فيجوز للآخر أن يشفع فيها.

(١) نقض ١٩٤٢/١/١٩ (جمعة خلف ٦٢٧ - ٢٤٦).

(٢) ويقابلها في القانون المصري المادة/٩٣٩.

١٣٦ - ولم تورد المذكرة الإيضاحية تبريراً لهذا المنع المأخوذ عن الفقه الاسلامي .
لكن ليس من الصعب استخلاص هذا المبرر.

فمن جهة أولى ، لو جاز للوقف أن يأخذ بالشفعة فإن الشفعة لن تكون إلا من ناظر هذا الوقف أو من الموقوف عليه ، وكلاهما ليس مالكا للعقار الموقوف حتى يجوز له أن يشفع به . بما يبين منه أننا ، بالتحليل الدقيق ، نكون هنا بصدد أكثر من مجرد منع من أخذ بالشفعة . فنحن بصدد حالة لا تتوافر فيها شروط الأخذ بالشفعة أصلا . هذا إلى أنه لو جاز أن يأخذ الوقف بالشفعة ، لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضا وقفا دون أن تصدر حجة بوقفه^(١) .

وفضلا عن كل ذلك ، فإن حرمان الوقف - كشريك في الشيوع - من أخذ الحصة الأخرى المبيعة ، بالشفعة ، لن يكون متعارضا مع الحكمة التي من أجلها تقرر الشفعة للشريك في الشيوع أصلا ، لأنه ليس يسهل في الحقيقة تصور أن يضرر الوقف من دخول المشتري في الشيوع بدلا من البائع (الشريك الأصلي) حتى نجيز له أن يشفع في البيع درءا لهذا الضرر^(٢) .

ب - يجب أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء المشفوع فيه :

١٣٧ - يترتب على الأخذ بالشفعة ، كما سنرى^(٣) ، حلول الشفيع محل المشتري «في جميع حقوقه والتزاماته» (م/٩٠٠-١) ، فهي بالنسبة له بمثابة شراء المشفوع فيه . لذلك لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما يمنعه القانون من شرائه .

وهذا الشرط متصور ، ومفهوم ، ووضح ، في القوانين التي تتوسع في نطاق الشفعة ، وبالأخص فيما تقرره للجار بالذات من حق الأخذ بها ، كما هو الحال في القانون المصري . وقضى - في مصر - تطبيقا له - بأنه لا يحق للجار أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة إذا كان سيترب على أخذها أن يزيد مجموع ما يملكه من أفدنة على ما يسمح

(١) راجع السهوري جـ/٩ ص/٥٩٤ بند/١٩٢ .

(٢) ويبدو أن الأمر قد اختلط على البعض ، فقال : «فمع نال الموقوف لا يرجد من يلحقه ضرر نتيجة الأخذ بالشفعة» ، أنظر في ذلك : إبراهيم الدسوقي ص/١١٤ بند/٩٩ . وكان الأصح أن يقول العكس ، أي أن يقول «نتيجة عدم الأخذ بالشفعة» .

(٣) راجع لاحقا بند/١٩٣ .

به قانون تحديد الملكية الزراعية^(١).

١٣٨ - أما في القانون الكويتي - حيث نطاق الشفعة مقصور على الشركاء في الشيوع - فإن استلزام هذا الشرط سيكون - في معظم تطبيقات المنع من الشراء - نظريا أكثر منه عمليا .

فالشريك في الشيوع الذي يُنَاط به ببيع حصة شريكه الآخر (لأجنبي) بالنيابة عنه^(٢)، أو الذي يُعهد إليه - كسمسار - في بيعها^(٣)، أو - كخبر - في تقدير قيمتها وتوطئة لبيعها^(٤)، إذا كان يمتنع عليه أخذ هذه الحصة بالشفعة، فليس ذلك - بالتحليل الدقيق - قياسا على امتناع شرائها عليه مع اتحاد حكمة المنع في الحالتين^(٥)، وإنما لأن قبوله النيابة في بيعها أو البحث - كسمسار - عن مشتر لها أو تقدير قيمتها كخبر توطئة لبيعها، يعتبر - من جانب - تنازلا ضمينيا عن حقه في طلب الشفعة فيها .

١٣٩ - إنما يبرز الكيان المستقل لهذا الشرط، في خصوص الخطر المنصوص عليه بالمادة ١٣/٥٠، تلك التي يمتنع - بموجبها - على القضاة وأعوانهم شراء الحقوق المتنازع فيها، إذا كان النظر في هذا النزاع يدخل في اختصاصهم . فيكون غمتعا، على هؤلاء، أيضا، الشفعة في هذه الحقوق .

فإذا ورت ثلاثة أشقاء، مثلا، عقارا متنازعا فيه مع مورثهم من قبل وفاته، ثم باع أحدهم حصته لأجنبي، حالة كون أحد شقيقيه قاضيا (أو من في حكمه) يدخل النظر في النزاع حول هذا العقار في اختصاصه، فلا يجوز لهذا الشقيق بالذات أن يشفع في بيع هذه الحصة، فيما تجوز الشفعة فيها للشقيق الثالث إذا أراد . وإذا كان الورثة، في المثال السابق، شقيقين، القاضيين أحدهما، وبيعت حصة الآخر لأجنبي فلن تكون شفعة في هذا البيع، مع أن القاضي هنا ربما يتضرر من دخول الأجنبي معه شريكا في

(١) نقض ١٩٥٧/١١/١٤ (مجموعة أحكام النقض السنة ٨/ رقم ٨٨/ ص ٧٩٨).

(٢) حيث يمتنع - بمقتضى المادة ٦٢ - على من يوب عن غيره أن يشتري لنفسه ما نيط به بيمه بموجب هذه النيابة .

(٣) حيث يمتنع على الساهرة والخبراء أن يشتروا الأموال الموهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها (١٥١٤/م).

(٤) وهي، هنا، أن أبا من هؤلاء (النائب، والسمسار، والخبر) قد يتساهل مع المشتري في شروط البيع كي يفيد من ذلك، إذ يترتب على الأخذ بالشفعة، لوجاز، أن يصير الشفع هو المشتري .

الشيوع. لكن الاعتبارات التي تقرر على أساس منها حظر شراء الحقوق المتنازع فيها على القضاة ومن في حكمهم^(١)، وهي تتوافر في الشفعة توافرها في الشراء^(٢)، أولى بالترجيح^(٣).

خاتمة المطلب:

تراجع الشفعاء:

١٤٠ = قد تتوافر الشروط السابقة جميعا في أكثر من شخص، ويطلب كل منهم أو بعضهم أخذ الحصة المبيعة بالشفعة، فيقوم بينهم ما يعرف بالتراجع بين الشفعاء. وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة/٨٩٢ ببيان حكم هذا التراجع فقضت بأنه: «وإذا تعدد الشفعاء كان استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه».

وعلى ذلك، فلو فرضنا أن أبا توفى عن ولد وبنتين، فألت إليهم بالإرث ملكية قطعة أرض شائعة بينهم، بنسبة النصف للولد والربع لكل بنت من البننتين. ثم باعت إحدى البننتين نصيبها لأجنبي، فإن الأخ يستحق بالشفعة ثلثي الحصة المبيعة، فيها تستحق الأخت الثلثا.

وأساس الحكم المقرر بهذا النص، واضح، إذ مراكز الشفعاء جميعا متساوية، بحكم كونهم جميعا شركاء في الشيوع، فلا يبقى من ميعار لتحديد نسبة استحقاق كل منهم

(١) ولكنها يجشى في حالة الشراء أن يجأى المشتري زملاؤه أو أن تنور الشبهات حول هذه المحاباة يجشى أيضا في حالة الشفعة أن تقع هذه المحاباة للمشتري كي يفيد منها الشفعي أو أن تنور الشبهات حول هذه المحاباة. وقد لا يكون البيع، في حالة الشفعة، سوى وسيلة يتخلها أحد المذكورين في النص كي يطلب الشفعة، فيتمكن بذلك من الحصول على الحق المتنازع فيه بطريق غير مباشر. فسواء في حالة الشراء أو في حالة طلب الشفعة يجشى أن يقع ما يمس نزاهة الغطاء. الصلحه ص/٣٩٩ بند/٢٥٤.

(٣) من هذا الرأي: السنهوري ص/٥٩٢، ٥٩٣ بند/١٩١، الصلحه الموضوع السابق، البدرابي بند/٤٢١، محمود جمال الدين زكي ص/٤٥٤ بند/٢٤٥، ومع ذلك، ففي الفقه رأى لا يخلو من وجاعة، يلذهب إلى جواز الشفعة للقضاة ومن في حكمهم رغم منعهم من الشراء، لأن أيا من هؤلاء حين يريد الأخذ بالشفعة في المنع من شرائه لا يقصد المضاربة، وإنما يرغب اتقاء الأضرار التي شرعت من أجلها الشفعة. وحرمانه من حق الشفعة هو حرمانه من حق مشروع أوجده الشارع لمصلحة جميع الناس ولم يستثن هؤلاء منه كما أن القول بأن الشفعي يخل - باستعمال حق الشفعة - محل المشفوع منه ويعتبر أنه اشترى الصنفقة من البائع مباشرة هو افتراض قانوني لا يصح التوسع فيه. أنظر في هذا الرأي: محمد كامل مرسى بند/٢٦٨، شفيق شحاته بند/٣٥٥.

بالشفعة في المشفوع فيه إلا نسبة نصيب كل منهم الذي يشفع به، أي نسبة نصيب كل منهم في الشيوع^(١).

١٤١ - وينوه البعض - في هذا الشأن - إلى أن العبرة هنا تكون بقدر النصيب وليس بقيمة^(٢). وهو تنويه غريب في الحقيقة، فالفرض أننا بصدد شركاء في الشيوع. وفي هذا النوع من شركة الملك، يملك كل شريك، في مجموع المال، وفي كل ذرة من ذراته، بنسبة نصيبه في المال الشائع، فلا يظهر فرق بين نسبة نصيب محسوبة بالقدر ونسبة نصيب محسوبة بالقيمة لاختلاط القدر بالقيمة.

١٤٢ - ويتعين عند إعمال نص الفقرة ٢ من المادة ٨٩٢ سابق الإشارة، مراعاة وجوب عدم تجزئة الصفقة على المشتري، فمن حق هذا الأخير ألا تتجزأ الصفقة عليه^(٣).

ولذلك، فإنه يجب على كل شفيع - إذا كان يتقدم للأخذ بالشفعة منفرداً - أن يطلبها في الحصة المبيعة كلها، لا فيما يعادل فقط نصيبه فيها. ذلك أن هناك احتيالا في ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء، أو ألا يطلبها غيره. فإذا طلبها في الجزء، تجزأت الصفقة على المشتري. بل حتى لو طلبها كل الشفعاء، يظل الشرط محل البحث لازماً (مادم كل منهم يتقدم للأخذ بالشفعة منفرداً)، إذ يُحتمل أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو غيرها من إجراءات الشفعة فتتجزأ الصفقة على المشتري^(٤).

فإذا لم يلتزم الشفيع هذا الشرط، لا تقبل دعواه. بل وقد لا يكون بإمكانه تدارك الأمر والتقدم مرة أخرى بطلب الشفعة في كل الحصة المبيعة، إذا كانت مواعيد الأخذ بها قد انقضت.

(١) أما في التشريعات التي يمكن أن تكون فيها مراكز طالبي الشفعة المتزاحمين، غير متساوية، كما هو الحال في القانون المصري حيث يتوزع الشفعاء على خمس طوائف مذكورين على سبيل الترتيب الأولي، فإن الحل بالقطع يكون مختلفاً، فيفضل الشفيع من الطبقة الأعلى على الشفيع من الطبقة الأدنى (م/٩٣٧-١). إنما يكون الحل، في القانون المصري، على نفس النحو في القانون الكويتي، فيما لو كان المتزاحمون من نفس الطبقة، فتساوت من ثم مراكزهم، إذ عندئذ يكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه (م/٩٧٧-٢).

(٢) أنظر إبراهيم الدسوقي ص/١١٤، بند/١٠٠.

(٣) وهذا الحق قرره له المادة ٨٩٥ التي تنقضي بانه: وليس للشفيع أن يأخذ بعض المبيع ...

(٤) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع: السنهوري ص/٦٠٣ وما بعدها بند/١٩٧.

ولا تستلزم محكمة النقض المصرية، إذا كان الشفعاء المتعددون قد اشتركوا في طلب الشفعة بأجراءات واحدة، أن يطلب كل منهم الشفعة في المبيع كله^(١). ولعلها في ذلك ترى أن تقدمهم بطلب الشفعة على هذا النحو يجعل كل منهم في حكم الذي طلب الشفعة في المبيع كله.

(١) نقض ١٩٨٢/٣/٤ مشار إليه في إبراهيم الدسوقي ص/١٥٥ هامش/١.

المطلب الثاني

الشروط التي تتعلق بالتصرف المشفوع فيه

يمكن حصر هذه الشروط في ثلاثة: أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا بمعنى الكلمة، وأن يكون هذا البيع قائما وقت طلب الشفعة، وأخيرا، ألا يكون من البيوع التي تمنع المشرع الشفعة فيها.

أولا: أن يكون التصرف بيعا بمعنى الكلمة:

١٤٣ - لا تجوز الشفعة، بصريح نص المادة/٨٩١ إلا في البيع. ونقصد بالبيع بمعنى الكلمة، التصرف الوارد تحديده في المادة/٤٥٤ بأنه وعقد على عمليك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي». وذلك حتى تخرج من إطار الشفعة التصرفات التي تأخذ بعض أحكام البيع دون أن تعتبر بيعا^(١).

ويلزم أن يكون هذا البيع جذبا، بمعنى أن تكون إرادة المتعاقدين الحقيقية قد اتجهت إليه.

١٤٤ - وحكمة قصر الشفعة على البيع واضحة، وذلك أن الشفيع يحمل محل المشتري، في مقابل الثمن الذي اشترى به. ولا ثمن إلا في البيع^(٢). وإلى جانب هذه الحكمة فهناك اعتبارات أخرى تتعلق بالأسباب الناقلة للملكية غير البيع سوف نعرض لها في ثانيا عرضنا لاستبعاد هذه الأسباب من نطاق الأخذ بالشفعة^(٣).

وعلى هذا تبدو أهمية تكييف التصرف الذي تمّ على الحصة الشائعة أولا لمعرفة ما إذا كان يبيعا بالمعنى الدقيق فتجوز الشفعة فيه، أم ليس يبيعا بالمعنى الدقيق فلا تجوز

(١) ومن باب أول حتى تخرج من إطار الشفعة، أسباب كسب الملكية بنثر تصرف قانوني، كالميراث مثلا (فلذا ترى أحد الشركاء في الشيوع، فانتقلت بالإرث حصته إلى ورثته، فلا يجوز لشركاه في الشيوع أن يشفعوا في هذه الحصة من الورثة)، وكذلك التصرفات المكتسبة للملكية بالإرادة المفردة، كالوصية (فلو أوصى أحد الشركاء في الشيوع بحصته الشائعة لأجنبي، ثم مات مصرا على وصيته فلا يجوز لشركاه في الشيوع أن يشفعوا في هذه الحصة من الوصى له).

(٢) محمود جمال الدين زكي ص/٤٠٨ بند/٢٢٦.

(٣) راجع لاحقا البنود من ١٤٥-١٥٤.

الشفعة فيه . وتقع على قاضي الموضوع مهمة هذا التكيف غير متقيد في ذلك بالوصف الذي يخلعه المتعاقدان على التصرف .



فإذا كان ما تقدم ، فإنه :

١٤٥ - أ - لا يجوز الشفعة في الهبة ، ولو كانت بعوض ، مادامت هبة حقيقية^(١) ، لأن الهبة - وقوامها نية التبرع للموهوب له - تنهض على اعتبارات شخصية في هذا الأخير راعاها الواهب ولا تتوافر في الشفع . وعلى هذا الأساس ، فالرأي الراجح ، أنه لا يؤخذ كذلك بالشفعة « في عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع . كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع في المشتري »^(٢) .

١٤٦ - ب - ولا يجوز - في اعتقادنا - الشفعة في البيع الصوري^(٣) وذلك خلافا لما تستقر عليه محكمة النقض المصرية^(٤) يؤيدها فيه بعض الشراح^(٥) . لأن الشفع ، فيما نعتقد - لا يعتبر غيرا في البيع الصوري حتى يكون له أن يتمسك به (أي أن يشفع فيه) إذا كان حسن النية .

(١) وللشفع أن يثبت بجميع الطرق أن حقيقة الهبة أنها بيع . في هذا المعنى ، السنهوري ص/ ٩٥ هامش ١/ والفقهاء والقضاء المشار إليهما في نفس الموضوع .

(٢) أنظر السنهوري ص/ ٤٩٤ هامش ٢ ، والفقهاء والقضاء المشار إليهما في نفس الموضوع ، وعكس ذلك : محمد علي عرفة ص/ ٤٤٩ بند/ ٢٦١ ، والحكم المشار إليه في السنهوري ، الموضوع السابق .

(٣) من هذا الرأي أيضا : السنهوري ص/ ٩٨٨ بند/ ١٧٠ ، الصده ص/ ٤١٦ بند/ ٢٦٣ محمود جمال الدين زكي ص/ ٤١٣ بند/ ٢٢٦ (وهو يقبس هذا الحكم على البيع الباطل ، لكلاهما لا وجود له) ، وقضت في نفس الاتجاه أيضا : مصر الابتدائية ١٩٢٣/٢/١ (الحاماة السنة ٥ / رقم ٦٦٥ ص/ ٨١٣) .

(٤) وقد جاء في حكمها الصادر في ١٥/١٠/١٩٥٢ (خلف ٩٤٣ - ٣٦٧) قولها : «إن الشفع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ المقار بالشفعة هو - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين ، البائع والمشتري ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يجاز بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو علنا بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد . . . » وأنظر في نفس المعنى : نقض ١٩٥٣/١/٢٩ (خلف ٩٤٤ - ٣٦٨) ، نقض ١٩٥٤/٣/٢٥ (خلف ٩٤٥ - ٣٦٨) ، نقض ١٩٦٦/١٠/١٨ (خلف ٩٤٧ - ٣٦٩) نقض ١٩٧٠/٤/١٤ (خلف ٩٤٨ - ٣٦٩) ، نقض ١٩٧٥/١١/٢٧ (خلف ٩٥٠ - ٣٦٩) نقض ١٩٧٩/١٢/١٣ (خلف ٩٤٦ - ٣٦٨) ، نقض ١٩٨٨/٦/٢٢ (خلف ٩٥١ - ٣٧٠) .

(٥) من هذا الاتجاه الأعجمي : محمد علي عرفة بند/ ١٨ ، البدراني ص/ ٣٧٨ بند/ ٢٧٤ .

فالغير في الصورية له معنى محدد، وهو من كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بسبب يُغايّر التصرف الصوري نفسه. ويصدق هذا التحديد على من حصرهم المادة/ ٢٠٠ مدني كويتي (ويقابلها المادة/ ٢٤٤ مدني مصري)، وهم: الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية، والخلف الخاص لأي من هذين المتعاقدين. وليس الشفع من أي من هؤلاء. يؤكد ذلك، «أن الشفع كسب حقه بالشفعة، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الصوري^(١)، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد»^(٢).

ولى هذا فإن جواز التمسك بالشفعة في البيع الصوري قد يهدد مصلحة مشروعة لأحد طرفي هذا التصرف. كما لو كان هذا البيع يخفى في حقيقته هبة.

١٤٧ - أما على العكس، إذا كان البيع هو التصرف الحقيقي، ولكنه ستر وراء مظهر عقد آخر، وليكن الهبة، فإنه يجوز للشفع أن يثبت صورية التصرف الظاهر والكشف عن حقيقة البيع. وله ذلك بجميع الطرق. فإذا نجح في ذلك جازت له الشفعة في البيع الذي انكشفت حقيقته. بل إن هذا الحكم هو الذي «يتفق مع ما هو الأصل في الصورية، وهو الاعتداد بالتصرف الحقيقي سواء في حق المتعاقدين أو في حق الغير. فلا علاقة له باعتبار الشفع من الغير في الصورية أو عدم اعتباره كذلك»^(٣).

١٤٨ - ج - ولا شفعة كذلك في المقايضات، ولو كانت بمعدل^(٤)، على الرغم مما تقضى به المادة/ ٥٢٢، من أنه «تسرى على المقايضة أحكام البيع»، لأن هذا السريان محدود في ذات النص «بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة». وطبيعة المقايضة، لا تسمح بثبوت الشفعة فيها، لأن المقايض (الذي هو في مركز البائع) يقصد أن يأخذ شيئاً معيناً مقابل ما ينقل ملكيته للطرف الآخر (الذي هو في مركز المشتري). وإجاءة الشفعة في المقايضة ستحول دون تحقيق هذا الغرض، مادام أن الشفع سيكون ملتزماً في النهاية بدفع ثمن الشيء الذي كان يقصد المقايض (البائع) أن يحصل عليه بعينه.

(١) فالشفعة كسب لكسب الملكية واقعة مركبة، يدخل في تكوينها البيع الذي تطلب فيه الشفعة (وهذا البيع يشكل العنصر المادي من هذه الواقعة لأنه ينزل من الشفع منزلة الواقعة المادية. أما العنصر الثاني فهو إعلان الشفع ورغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا تصرف قانوني).

(٢) السهري ص/ ٤٩٨، ٤٩٩ هامش/ ٢.

(٣) الصلح ص/ ٤١٦ بند/ ٢٦٣.

(٤) إلا إذا كان هذا المعدل يفوق بكثير قيمة البذل، بما يعني أن حقيقة التصرف أنه بيع ستر في صورة مقايضة. ففي هذه الحالة تجوز الشفعة في هذا التصرف بحسابه فيها، بعد أن يثبت الشفع صوريته.

١٤٩ - د - ولا تجوز الشفعة في الصلح، لأن الصلح الواقع بين الشريك في الشيوخ ومن ينازعه في ملكية الحصة الشائعة ليس ناقلاً للملكية هذه الحصة من الشريك إلى منازعه، وإنما هو مقرر لها. والمبلغ المدفوع صلحاً من هذا الأخير للشريك، لا يمثل قيمة الحصة، وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ كسب أو خسارة دعوى الملكية. ثم إن الصلح بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئاً من حقه، ولا يجوز أن ينتفع الشفيع بفائدة مقررة لمنفعة غيره^(١).

١٥٠ - هـ - ولا شفعة كذلك في الوفاء بمقابل، وهذا هو أيضاً الحكم في الفقه الإسلامي

فلو أن أحد الشريكين في الشيوخ، مثلاً، كان مديناً، وقبل دائته أن يستوفي حقه حصة هذا الشريك بدلاً من دينه النقدي، فإن الشريك الآخر لا يجوز له أن يشفع في هذه الحصة. ذلك أن الوفاء بمقابل، ولو أنه يشبه البيع^(٢)، إلا أن فيه معنى استيفاء الدين، بل قد يكون ذلك هو الأظهر فيه. وقد لا يرضى الدائن إلا بالحصة ذاتها في مقابل الوفاء بدينه^(٣).

١٥١ - و - ولا شفعة في التعاقد، بالحصة الشائعة، على شركة: فلو تصورنا جدلاً (وإن كنا نعتقد أن ذلك يندر حذوئه) أن الشريك في الشيوخ قدم حصته في شركة، ذات الحصة الشائعة، فلا يجوز للشفيع أخذ هذه الحصة بالشفعة من الشركة، ولو أعطاه قيمتها. لأن - أولاً - تقديم الشريك ل حصته على هذا النحو لا يعتبر بيعاً يحصل منه على ثمن نقدي^(٤)، ولأن الشركة - ثانياً - تعاقدت مع الشريك على هذه الحصة بالذات، «وقد لا ترضى بقيمتها بديلاً عنها، إذ قد يخل ذلك بأغراضها»^(٥).

١٥٢ - ز - إنما، هل يمكن أن يثور تساؤل أصلاً، في القانون الكويتي، عن مدى جواز الشفعة في التقابل؟ وإذا كانت إثارة مثل هذا التساؤل واردة، أفلا يكون للأخذ بالشفعة في حالة التقابل، من أحكام خاصة في القانون الكويتي بالذات، إزاء كون الشفعة فيه معصورة في الشركاء في الشيوخ؟

(١) في هذا المعنى: نفق ٢٧/١١/١٩٤٧ (خلف ٧٣١-٢٨٤).

(٢) راجع في الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل Dalton en paiement محمد شكري مرور، الأحكام العامة للتزام، المرجع سابق الإشارة إليه، خاصة الصفحات من ٢٩٠ - ٢٩٤ البنود من ٣٨٠ - ٣٨٨.

(٣) في هذا المعنى: السهوري ص/ ٤٩٨ بند/ ١٧٠.

(٤) في هذا المعنى: الصلح ص/ ٤٠٧ بند/ ٢٦٠.

(٥) السهوري ص/ ٤٩٧ بند/ ١٧٠.

قبل الإجابة على هذا التساؤل بشقيه، نذكر بأن التقايل (أو الإقالة، أو التماسخ أو التراد)، هو تراضى طرفي العقد، على إزالته بعد إبرامه. والأصل فيه أنه يزيل العقد لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب بل وإلى الماضي أيضاً. لكن هذا الأثر الرجعي لا يكون إلا في العلاقة بين المتعاقدين نفسيهما. أما بالنسبة إلى الغير فلا يكون للتقايل أثر إلا من تاريخ حصوله، وهو ما أدى بالمشرع الكويتي إلى اعتباره (في المادة/ ٢١٨) بمثابة عقد جديد^(١)، في حق الغير.

١٥٣ - فاما عن الشق الأول من التساؤل فنقول أنه، على العكس من التعميم الذي التزمه البعض^(٢) - فإن مشكلة مدى جواز الأخذ بالشفعة في حالة التقايل لن يتصور أن تثور إلا في الفرض الذي يكون فيه أحد الشركاء في الشيوع اشترى حصة شريك ثان، ثم تقايل فيما اشتراه بعد ذلك مع البائع^(٣). عندئذ يجوز للشريك الثالث - بحسبان التقايل بالنسبة له بمثابة بيع جديد، تم لأجنبي^(٤) - أن يشفع في هذا البيع الثاني.

إنما، لو أن الشريك في الشيوع اشترى - بالفرض - مالا من أجنبي، فهو - بالتالي - مالك وحده لما اشتراه ملكية مفرزة، ثم تقايل بعد ذلك عما اشتراه مع البائع، فلن يكون لباقي الشركاء شأن بهذا التقايل. ولا تتصور فيه شفعة. فلم يكن المال المشتري داخلا أصلا في شيوع، أي لم تكن أبدا حصة شائعة^(٥).

١٥٤ - أما عن الشق الثاني، فالملاحظ أن البعض لم ير - على ما يبدو - من خصوصية، تستوجب القول في القانون الكويتي، بأن أحكام الشفعة في حالة التقايل تطبق تطبيقا خاصا، فأعمل على هذه المشكلة أحكام الشفعة في حالة نواني البيوع بوجه عام. وانتهى من ذلك - وبالتطبيق المحض للمادة/ ٨٩٤ - إلى القول بأنه: «إذا تم التقايل قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، زال خياره فيها وفقا للبيع الأول،

(١) فإذا كان التقايل من بيع، وهو الغالب، فإنه في هذا العقد الجديد، سيكون البائع هو المشتري في العقد الأول، وسيكون المشتري هو البائع في العقد الأول.

(٢) انظر لإبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/ ١٢٢ بند/ ١٠٧.

(٣) هذا الأخير الذي أصبح بمقتضى البيع أجنبيا عن الشيوع الذي كان من قبل طرفا فيه.

(٤) فالفرض - كما قلنا - أنه بيع الشريك الثاني حصته للأول أصبح أجنبيا عن الشيوع.

(٥) أما في القانون المصري فيتصور أن تكون شفعة على أثر تقايل من شراء مال مفرز مثال ذلك: لو أن (أ) اشترى من (ب) عقارا، أصبح به جارا لـ (ج)، ثم تقايل (أ) عما اشتراه بعد ذلك مع بائنه السابق (ب)، فقد نقول أننا بمثابة بيع جديد، فيه (أ) يبيع لـ (ب) العقار المجاور لـ (ج) عندئذ يكون لـ (ج) كجار أن يشفع في هذا العقار من (ب).

ويكون له الأخذ بها وفقاً للبيع الثاني وبشرطه. أما إذا تم التقايل بعد إعلان الشفيع
رغبته في الأخذ بالشفعة فيظل له الأخذ بها وفقاً للبيع الأول، كما تجوز له وفقاً للبيع
الثاني^(١).

والحقيقة أن هذه الاستنتاجات تفتقر للدقة. لأنه قبل التقايل، البيع الذي تم هو
بيع من شريك في الشيوع لآخر، فليس هناك بيع لأجنبي حتى تكون شفعة أصلاً.
وبالتالي، فليس للشفعة في حالة التقايل، في القانون الكويتي سوى حل واحد، الشفيع
لا يستطيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد التقايل، وعندئذ فلن يكون له أن
يأخذ بالشفعة إلا وفقاً للبيع الثاني وبشرطه^(٢).

ثانياً: أن يكون البيع قائماً وقت طلب الشفعة:

١٥٥ - وهو ما يعني - أولاً - أن يكون الأمر بين الشريك في الشيوع والأجنبي،
وقت الشفعة، قد تعدى - بشأن الحصّة الشائعة - مرحلة المفاوضات التمهيدية، إلى
التيابح الفعلي، وإلا كان طلب الشفعة سابقاً لأوانه أو حتى غير ذي موضوع.

(١) أنظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الموضع السابق.

(٢) ويلاحظ أن في الفقه المصري خلافاً حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في حالة التقايل، مرده إلى خلاف حول
الطبيعة القانونية للتقايل نفسه، إذ لا نص في القانون المصري يحسم هذه الطبيعة كما فعل المشرع الكويتي
في المادة ٢١٨.

فبعد البعض أن التقايل في البيع لا يعتبر بيعاً جديداً يتولد عنه للشفيع حق الشفعة، لأن التقايل في
البيع هو فسخ له بتراضي الطرفين، لا إنشاء لبيع جديد. ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى
ماكانت عليه قبل البيع وهو كل أثر له، مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة. وحتى لو قيل بأنه بيع
جديد فإنه يكون بيعاً قائماً على اعتبارات خاصة بين طرفيه فتمتنع فيه الشفعة لهذا السبب أيضاً. من هذا
الاتجاه: البدرابي ص/ ٣٨٠ بند ٢٧٩، منصور مصطفي منصور بند/ ١٣٩، محمود جمال الدين زكي
ص/ ٤١٢ بند ٢٢٦، محمد علي عوفة بند/ ٢٦٧، نقض ١٩٥٤/٣/٢٥ (خلف ٧٧٧ - ٢٨٢)، وقد
فرعت المحكمة على ذلك أنه متى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة فإنه يعدم أثر البيع الأول ولا
يبقى محل لطلب الشفعة)، نقض ١٩٤٦/٥/١٦ (مجموعة عمر، ج/ ٥ رقم ٨٢ ص/ ١٧٧).

أما عند البعض الآخر، فالتقايل لا يتربّ عليه زوال العقد الأول، وإنما يتمثل في عقد جديد يتفق فيه
الطرفان على ما ينالض العقد الأول، بأن يسترد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن فهو عقد جديد يكون
البائع فيه هو المشتري في العقد الأول ويكون المشتري فيه هو البائع في العقد الأول. ويتفرع على ذلك أنه
إذا وقع التقايل قبل طلب الشفعة، حق للشفيع أن يطلب الشفعة بسبب البيع الثاني، أما إذا وقع بعده فلا
يؤثر على حق الشفيع فيها طلبه من الشفعة بسبب البيع الأول. من هذا الاتجاه: الصده ص/ ٤١٤
بند ٢٢٢، محمد كامل مرسي بند/ ٣٣٠، أما الاستهري ف يرى أن الحكم يختلف بحسب قصد المتعاقدين
من التقايل، أنظر ص/ ٥٠٦، ٥٠٥ بند/ ١٧٠.

١٥٦ - لكن ليس يلزم - إذا كانت الحصة المبيعة شائعة في عقار - أن يكون البيع قد سجل . وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في النهاية^(١) ، حاسمة بذلك^(٢) خلافاً كان يثور في كل من الفقه والقضاء ، حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في البيع العقاري غير المسجل .

فقد كان رأي يذهب إلى عدم جواز الأخذ بالشفعة في مثل هذا البيع^(٣) ، الذي لا يُخرج المبيع من ملك البائع في حين أن طلب الشفعة يجب أن يوجه إلى شخص وتجتمع فيه صفتا المشتري والمالك^(٤) . فضلاً عن أن الشفعة إنما شرعت لدرء الضرر عن الشفيع من شريك لا يرتاح لشركته . وهذه الحكمة تقتضي بيعاً ينقل الملكية إلى المشتري المشفوع منه حتى يكون هناك احتمال حقيقي بضرر يمكن أن ينال الشفيع إن لم يمكن من الأخذ بالشفعة^(٥) .

فما كان رأي آخر يذهب إلى جواز الشفعة في البيع العقاري غير المسجل ، لأن القانون - إذ نظم دعوى الشفعة - فإنما أوجب توجيه هذه الدعوى إلى البائع والمشتري وهما وصفان يصدقان على طرفي البيع ولو لم يكن مسجلاً^(٦) . ولأن استلزام التسجيل لقيام الحق في الشفعة يؤدي إلى تعطيله ، إذ يكفي لذلك أن يحجم المشتري عن تسجيل البيع^(٧) . وفضلاً عن ذلك فإن التسجيل إنما شرع لصالح المشتري ، وهو يده ، فلا يمكن أن يؤثر التقصير في إجراء التسجيل أو التعمد في عدم التسجيل من جانب المشتري في حق ذوى الشأن قبله^(٨) . وفي كل الأحوال فإنه لا ضرر على المشتري من استعمال الشفيع حقه في الشفعة قبل التسجيل ، لأن الشفيع إنما يحل محله في البيع بشروطه . وإنما الضرر في السماح للمشتري بتعطيل حق الشفعة والتلاعب بأحكام القانون بتأخير تسجيل عقده^(٩) .

(١) انظر مثلاً: نقض ١٩٤٥/٢/١٥ (خلف ٧١٦ - ٢٧٧) ، نقض ١٩٥٤/٣/٤ (خلف ٨٥٣ - ٣٣٤) ، نقض ١٩٧٠/١١/١٠ (خلف ٧٠٧ - ٢٧٤) .

(٢) وهي - في هذا الموقف - كانت تنبئ في حقيقة الأمر حكم استئناف مصر (بدوائرها المجتمعة) في ١٩٢٧/١٢/٣ (المحكمة السنة ٨ رقم ٢٢٧/ص ٢٩٨) .

(٣) (٤) في هذا المعنى : محمد علي حرفة بند/٢٦٩ .

(٥) انظر الأحكام المشار إليها في محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٧ هامش/٦ .

(٦) (٧) في هذا المعنى : حامد فهمي : تأثير قانون التسجيل على قضايا الشفعة ، (مجلة المحاماة السنة ٥ ص ٧٢٩ وما بصلها) ، صليب سامي : الشفعة وقانون التسجيل (مجلة المحاماة السنة ٨ ص ٦٦٨ ، ٦٦٩) ، عبد السلام فهمي : مشار إليه في محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٧ ، هامش/٥ .

(٨) (٩) انظر حكم استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ١٩٢٧/١٢/٣ سابق الإشارة إليه ، والأحكام العديدة الأخرى المشار إليها في محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٧ الفواش ٨، ٧، ٩ .

١٥٧ - هذا ولا يحول دون اعتبار البيع باتاً لازماً، وصف العقد بأنه عقد ابتدائي - أخذاً بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع العقاري التي لم تراعى في تحريرها الأوضاع التي يتطلبها قانون التسجيل - متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بها التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول^(١).

وإذا كانت شروط العقد النهائي قد اختلفت عما كانت عليه في العقد الابتدائي وكان الشفيع لم يطلب الشفعة في العقد الابتدائي، كان له أن يأخذ بها لكن وفقاً لشروط العقد النهائي. أما إن كان سبق أن طلبها في العقد الابتدائي فإنه يكون بالخيار بين أن يمتنع في هذا الطلب، أو يتقدم من جديد للأخذ بالشفعة في البيع النهائي، بشروطه.

١٥٨ - إنما يجب، ثانياً، أن يكون هذا البيع قائماً وقت الأخذ بالشفعة. وهو مالا يتوافر لو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.

أما البيع القابل للإبطال فلائنه - من الناحية القانونية - موجود ونافذ إلى أن يقضى بإبطاله، فإن الشفعة تجوز فيه. وعلى الشفيع أن يراعي مواعيدها محسوبة من يوم إبرام هذا العقد لا من يوم إجازته أو تقادم الحق في التمسك بإبطاله^(٢). ويكون مصير شفيعته رهناً بمصير هذا العقد. فإذا تقرر إبطاله، وزال - من ثم - بأثر رجعي، زالت معه ملكية الشفيع.

١٥٩ - ويرى البعض أن الشفعة لا تثبت في البيع المعلق على شرط واقف وذلك على أساس أن هذا البيع ليس نافذاً^(٣). أما محكمة النقض ومعها غالبية الشراح، فيرون جواز طلب الشفعة في البيع المقتن بالشرط، واقفاً كان أو فاسخاً، على أن تكون ملكية الشفيع الذي يُقضى له بالشفعة (والفرض أنه يحل محل المشتري) معلقة على ذات

(١) أنظر، في هذا المعنى: نقض ١٩٤٥/٤/١٢ (خلف ٢٧٨-٢٢٠)، نقض ١٩٤٦/١٢/٢٦ (خلف ٢٧٧-٢١٨)، نقض ١٩٥٣/٢/٢٦ (خلف ٢٧٨-٢١٩)، نقض ١٩٨٠/٢/١٢ (خلف ٢٨٧-٢٣٩) وفيه قضت صراحة بأن: «عقد البيع الابتدائي يتولد عنه بمجرد قيامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسبابها. ومن واجب الشفيع في هذا العقد أن يراقب ما يطرأ على أطرافه من تغيير في الصفة أو الحالة ليروجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت اتخاذها».

(٢) فلا يجوز للشفيع أن يفوت مواعيد الأخذ بالشفعة محسوبة من يوم إبرام العقد القابل للإبطال، حتى إذا ما أجاز البالغ العقد، زعم الشفيع أن مواعيد الشفعة انقضت له منذ هذه الإجازة. أنظر في هذا المعنى: السنيوري ص/ ٥٠٨ بند/ ١٧٠.

(٣) من هذا الرأي: محمد علي عرفة بند/ ٢٦٣. ويأخذ القانون اللبناني بنفس الحكم، أشار لذلك الصده ص/ ٤١٣ بند/ ٢٦٢.

الشرط^(١). وعمل أن يراعي الشفيع مواعيد الشفعة، التي تسرى - في الحالتين - من يوم إبرام العقد.

ثالثا: ألا يكون من البوع التي منع المشرع الشفعة فيها:

١٦٠ - فلا شفعة طبقا لصريح المادة/٨٩٣ (أ) «إذا تم البيع بالمزاد العلني، وفقا لإجراءات رسمها القانون». ذلك لأن البيع الذي يتم على هذا النحو، تتاح فيه الفرصة للشفيع، إذا كان يريد أخذ المبيع، أن يدخل في المزاد. فضلا عما يؤدي إليه منع الشفعة في هذا الفرض إلى بيع المبيع بأكبر ثمن ممكن لأنه يجعل كل راغب فيه على التقدم للمزايدة.

على أنه يشترط أن يكون المزاد علنياً من ناحية، وأن يكون من ناحية أخرى قد تم وفق الاجراءات التي رسمها القانون، إذ بهذين القيدتين تتحقق الحكمة من المنع.

لكن يستوى بعد ذلك أن يكون هذا البيع جبريا، أو اختياريا. إداريا أو قضائيا.

٢ - كذلك - وطبقا لصريح نفس النص/ فقرة (ج) - لاشفعة وإذا أظهر الشفيع إرادته صراحة أو ضمنا، وقت البيع أو قبله، في أنه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تم بها البيع.

وقد أثر المشرع أن يجعل هذا مانعا من الأخذ بالشفعة وليس سببا لسقوط الحق فيها، لأن سقوط الحق لا يكون إلا بعد ثبوته، وهو لا يثبت إلا على أثر البيع.

أما النزول عن الحق بعد البيع فقد نص عليه المشرع بين أسباب سقوط الشفعة. وسوف نعرض له، في موضع لاحق، حين نعرض لمسقطات الشفعة^{(٢) (٣)}.

ويفترض هذا المانع، أن الشفيع أتيحت له فرصة شراء المبيع، بأن بدأ البائع بعرضه عليه هو أولا وأطلعته على شروطه، وهو ما يغلب أن يحدث نظرا لما بين الشركاء في

(١) أنظر نقض ١٩٤٧/٤/٣ مجموعة عمر السنة/ رقم ١٨٢/ ص ٣٩٥، نقض ١٩٥١/١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة/ رقم ٢٣/ ص ١١٧، نقض ١٩٨١/٣/١٢ (خلف ٧٤١ - ٢٨٨)، وأنظر أيضا: السهوري ص/ ٥٠٣ بند ١٧٠، محمد كامل مرسى ص/ ٣٠٩ بند ٣٢٥، عبد الفتاح عبد الباقي ص/ ٢٣٣ بند ٣٤١، منصور مصطفى منصور ص/ ٣٣٧ بند ١٣٩، الصدة ص/ ٢٦٢ بند ٢٨٠، محمود جمال الدين زكي ص/ ٤١١ بند ٢٢٦، البتراوي ص/ ٣٨١ بند ٢٨٠.

(٢) أنظر لاحقا بند/ ١٨٤.

(٣) وهناك مانع آخر من الأخذ بالشفعة منصوص عليه بذات المادة، سنعرض له في الموضع الخاص بالشروط المتعلقة بالمشفوع منه (المشتري). أنظر لاحقا بند/ ١٦٤.

الشيوع من صلة، ثم يرفض الشفيع هذا العرض : إما لأنه لا يريد المبيع أصلاً أو لأنه لا يقبله بالشروط المعروضة . عندئذ إذا وجد البائع مشترياً يرضى بهذه الشروط فباع له فلا يجوز للشفيع أن يعود فيطلب الأخذ بالشفعة، مادام البيع تم للمشتري بذات الشروط التي سبق له هو رفضها أو بشروط أهنأ . أما إن كان تم بشروط أسوأ، زال المانع بزوال مقتضيه وعاد للشفيع حقه في الأخذ بالشفعة بهذه الشروط .

خاتمة المطلب

الشفعة في حالة توالي البيوع

١٦١ - قد يبيع المشتري الحصة التي اشتراها، قبل أن يؤخذ فيها بالشفعة، فيثور التساؤل عن البيع الذي يقيم الحق في الشفعة : هل يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول، أم لا يكون له أن يأخذ بها إلا في البيع الثاني؟

تفكلت بالإجابة على هذا التساؤل المادة/٨٩٤ حين قضت بأنه : «إذا اشترى شخص ما تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يصبح إعلان الرغبة حجة على الغير وفقاً للمادة/٨٩٧^(١)، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها» .

١٦٢ - ولم يشأ المشرع - محتذياً في ذلك حدو المشرع المصري - أن يأخذ بما تقضي به بعض التشريعات العربية فيجعل للشفيع في حالة توالي البيوع أن يأخذ بالشفعة دائماً من المشتري الثاني بالثمن الذي قام على المشتري الأول، مع حق المشتري الثاني في استرداد الفرق من المشتري الأول إن وجد فرق^(٢) . لم يأخذ بذلك لما قدره من أن هذا الحكم ليس فيه حماية للمشتري الثاني حسن النية .

١٦٣ - ويبين من النص السابق، أنه :

أ - إذا كان البيع الثاني قد وقع بعد أن أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وصار هذا الإعلان حجة على المشتري الثاني يعلمه به أو بتسجيله إن كان المبيع عقاراً، فإن هذا البيع لا يكون حجة على الشفيع، الذي يمكنه تجاهله والسير في إجراءات الشفعة في البيع الأول وأخذ المبيع بالشفعة وفقاً لشروطه^(٣)، اللهم - بطبيعة الحال - إلا إذا وجد

(١) وهذه تجعل إعلان الرغبة حجة على الغير (والمشتري الثاني يعتبر - في هذا الإعلان - غيماً، إذا علم به، فإذا كان المبيع عقاراً كان تسجيل إعلان الرغبة قرينة قاطعة على هذا العلم .

(٢) وهذا هو حكم القانون الأرضي (م/١١٥٤) .

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٣٥/٦/٦ (خلف ٨٥٥-٣٣٥) .

أن شروط البيع الثاني أفضل بالنسبة له، حيث يمكنه عندئذ أن يشفع فيه، وبشرطه، متخذاً لإجراءات الشفعة في مواجهة المشتري الثاني؛ لأن عدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني، على ما تقدم، هو حكم مقرر لمصلحته فيمكنه أن يتنازل عنه.

ب - أما إن كان البيع الثاني وقع قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، أو حتى بعد هذا الإعلان لكن قبل أن يصبح هذا حجة على المشتري الثاني بعلمه به أو بتسجيله، فإن هذا البيع يكون حجة على الشفيع الذي لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا فيه^(١). وقد يترتب على هذا الحكم، في بعض الأحيان، ألا تكون للشفيع ثمة شفعة، وذلك إذا كانت الشفعة في البيع الثاني الذي ليس له أن يأخذ بها إلا فيه، ممتنعة عليه^(٢) (كما لو كان مثلاً وقع بين بعض الأقارب كما سترى)^(٣). لكن يجوز للشفيع أن يقيم الدليل على أن البيع الثاني صوري، فُصد به منعه من الأخذ بالشفعة^(٤) وهو يستطيع أن يقيم الدليل على ذلك بجميع الطرق^(٥) لتعلق الأمر بغش أو تحايل على القانون^(٦). فإن نجح في هذا الإثبات جاز له أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول، وبشرطه، ومواعيد الشفعة فيه.

وبوجه عام، فإن انحصار حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، في البيع الثاني، على ما يتيسر فرضه، مشروط بكون هذا البيع حقيقياً لا صورياً. وقد أكدت محكمة النقض

(١) ولولم يكن مسجلاً (حالة كون البيع عقاراً).

(٢) من هذا الرأي: السهوري ص/ ٥٣١ بند ١٧٢، محمد كامل مرسى بند ٥١٥، غيد الفتاح عبد الباقي بند ٢٨٣، اسماعيل غانم ص/ ٧٦، منصور مصطفى منصور ص/ ٣٤١ بند ١٤٥، محمود جمال الدين زكي بند ٢٢٨.

وعكس ذلك: وأنه إذا امتنع على الشفيع الشفعة في البيع الثاني كان له أن يشفع في البيع الأول، تأسيساً على أن حقه في الشفعة ثبت له أصلاً منذ ذلك البيع، وأن من شأن القول بغير ذلك سقوط حقه في الشفعة بعد بلوئه، مع أن أسباب سقوط الحق في الشفعة محددة في القانون وليس من يبيح بيع المال ثانية لأحد الأشخاص الذين لا يجوز استعمال الشفعة ضدهم. محمد حل عرفة ص/ ٤٩٥، ٤٩٦ بند ٢٩٤.

(٣) أنظر لاحقاً بند ١٦٤.

(٤) وفي عبارات بلغة، جاء في حكم قديم لمحكمة النقض المصرية: إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر، فإذا ما أجزى التحيل لإبطالها كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع، يلحق الضرر الذي قصد إبطاله. فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه». نقض ١٩٤٥/٥/١٧ (خلف ١٩٧٧-٣٨٠). (٥) وفي هذا المعنى جاء في حكم للنقض أن: «تقدير قيام التحايل لإسقاط حق الشفعة هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، متى كان استخلاصه سابقاً ١٩٨٠/٢/١٢ (خلف ١٩٨٠-٣٨٠).

المصرية ذلك في العديد من أحكامها^(١). وهي إذ تجعل من صورية البيع الثاني مُغنية للشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني^(٢)، توجب - مع ذلك - أن يتم إثبات الصورية في مواجهة هذا الأخير ولأنه صاحب الشأن الأول في نفي صورية عقد سلفه وإثبات عقده، ليكون الحكم الذي يصدر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه^(٣).

(١) أنظر: نقض ١٩٨١/١/٦ (خلف ٣٠٤-٧٧٧)، ١٩٧٥/٦/١١ (خلف ٤١-٧٥)، نقض ١٩٧٩/١١/٢٧ (خلف ٣٤٢-٨٧٦)، نقض ١٩٨١/٢/٢٦ (خلف ٣٠٣-٧٧٨)، ويلاحظ في هذه الأحكام أن المحكمة إذ أجازت إثبات الصورية بجميع الطرق فلكنها تنظر للشفيع باعتباره من الغير.

(٢) أنظر نقض ١٩٧٠/٤/١٤ (خلف ٣٦٩-٩٤٩)، والأحكام المشار إليها في الهامش التالي.

(٣) نقض ١٩٨١/٢/٢٦ (خلف ٣٠٤-٧٧٨)، وفي نفس المعنى: نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ (خلف ٣٠٨-٧٨٤)، نقض ١٩٨١/٥/٢٧ (خلف ٣٠٦-٧٧٩).

المطلب الثالث

الشروط التي تتعلق بالمشفوع منه (المشتري)

١٦٤ - فضلا عن ضرورة كون المشفوع منه (المشتري) من غير الشركاء في الشيوع، يلزم ألا يكون هو أحد أصول أو فروع البائع، أو زوجه، أو قريبا له حتى الدرجة الثانية (م/٨٩٣/١ - (ب)).

والعلة في منع الأخذ بالشفعة من هذا المشتري، واضحة، وهي أن الصلة التي تربطه بالبائع، على هذا النحو، كثيرا ما تؤثر في شروط البيع، بل قد تكون هي التي أدت بالبائع إلى البيع بحيث لولاها لما باع، أو لما باع إلا بشرط أخرى. وهذه العلة تقتضى القول بأن الشفعة لا تجوز في مثل هذا البيع «ولو كان طالب الشفعة أقرب إلى البائع من المشتري»^(١).

وقد اكتفى المشرع بأن يقف بالقرابة المانعة من الأخذ بالشفعة عند الدرجة الثانية^(٢)، مقدرا أن العلة في المنع لا تتحقق في الأعم الأغلب إذا كان البيع لقريب أبعد من هذه الدرجة^(٣). كما أنه لم يجعل من صلة المصاهرة بين البائع والمشفوع منه (المشتري) سببا يمنع من الأخذ بالشفعة^(٤) خلافا لبعض التشريعات العربية^(٥).

(١) الصلح ص/٤٠١ بند ٢٥٧.

(٢) أما القانون المصري فيصل بها إلى الدرجة الرابعة (م/٩٣٩).

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة ٨٩٣/١ فقرة (ب).

(٤) القانون المصري الذي يمنع الشفعة إذا وقع البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

المطلب الرابع

الشروط التي تتعلق بالمشفوع فيه (المبيع)

المشفوع فيه حصة شائعة في مال (عقار أو منقول)، إحالة :

١٦٥ - ذكرنا أن الشفعة تنحصر - في القانون الكويتي - في طائفة الشركاء في الشيوع إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء. فيلزم إذن في المشفوع فيه (المبيع) أن يكون حصة شائعة، وإن استوى بعد ذلك أن تكون هذه شائعة في عقار أو منقول. وقد سبق بيان ذلك، فنحيل إليه^(١).

مسألتان :

ويبقى، مما يتصل بالمشفوع فيه (المبيع) بحث مسألتين، نوجزهما فيما يلي :

مشكلة بيع الشريك حصة مفرزة :

١٦٦ - إذا كان حق الشريك في طلب الشفعة يثبت - بلا خلاف - إذا بيعت حصة شائعة، من المال الشائع، فإن الخلاف يثور فيها لو ورد هذا البيع على جزء مفرز من هذا المال.

ويقف وراء هذا الخلاف، خلاف أوّلى سابق عليه حول حكم مثل هذا البيع أساساً، ومدى جواز الاحتجاج به في مواجهة باقي الشركاء، وبالتالي مدى إمكان أن يؤدي إلى دخول المشتري شريكاً معهم في الشيوع بدلاً من البائع.

فالبعض على أن هذا البيع يكون صحيحاً ونافذاً في مواجهة باقي الشركاء، لكن نفاذه لا يكون بحسبانه بيعاً لحصة مفرزة كما وقع من الشريك وإنما بحسبانه في حكم بيع لحصة شائعة، لأن الإفراز الذي قام به الشريك لا يجاح به باقي شركائه.

وحيث يؤدي نفاذه، على ما تقدم، إلى أن يصبح المشتري شريكاً على الشيوع في المال الشائع بقدر الحصة المباعة، بدلاً من البائع، فإنه يجوز لأي من هؤلاء الشركاء أن يشفع في هذا البيع^(٢).

(١) راجع سابقاً بند/١٢٠.

(٢) من هذا الاتجاه: محمد علي عرفة ص/٤١٢ بند/٢٣٥، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٢٥١، البدرابي ص/٣٤١ بند/٢٣٧، وأنظر أيضاً حكم النقض المشار إليه لاحقاً.

ويدعم أنصار هذا الاتجاه وجهة نظرهم هذه، بحجتين إضافيتين: الأولى: أن النص الذي جعل من بيع الحصة من المال الشائع سببا يميز للشريك في الشروع أن يشفع فيه، ورد عاما، لم يفرق بين بيع شائع وبيع مفرز^(١). والثانية: أن من شأن الحل العكسي أن يمكن من التحايل على أحكام الشفعة، من حيث سيكون بوسع الشريك الذي يريد البيع حرمان شركائه من أخذ المبيع بالشفعة بأن يبيع حصته مفرزة.

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية، في هذا المعنى، أن مفاد نص المادتين ٨٢٦^(٢)، ٩٣٦^(٣) من القانون المدني أن «للمالك على الشروع أن يبيع ملكه محمدا مفرزا، ويقع البيع صحيحا»... ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي، وكان الإفراز الذي تحدد به المبيع لا يحتاج به سائر الشركاء في الشروع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع، فإنه يبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع^(٤).

١٦٧ - أما البعض الآخر، الذين يرون أن بيع الحصة المفترزة يكون قد ورد على ما ليس مملوكا للمبايع، ومن ثم لا ينفذ في حق باقي شركائه، فلا يميز هؤلاء أن يشفعوا في هذه الحصة المفترزة، لانتفاء الحكمة من الشفعة بانتفاء احتمال دخول المشتري الأجنبي، أصلا، شريكا بين المشتاعين^(٥). وقياسا على ذلك يرون أيضا أنه لا

(١) والنص المقصود هو المادة/٩٣٦ فترة (ب) مصري، وهو في هذا يجري على نفس نسق النص الكويتي المقابل، وهو نص المادة ١/٨٩٢ الذي يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشروع إذا «بيعت حصة» من المال الشائع لغير الشركاء.

(٢) وهي تقضي بأن وكل شريك في الشروع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها... بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء». ويقابلها في القانون الكويتي نص المادة/٨١٩، وإن كانت فقرته الثانية تقول: «وله - أي للشريك - أن يتصرف في حصته الشائعة».

(٣) الذي يثبت الحق في الشفعة لـ (ب - الشريك في الشروع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي)، ويقابلها في القانون الكويتي المادة/١-٨٩٢.

(٤) وإن كانت المحكمة تستدرك قائلا: «وإن كانت حالة التجديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشروع».

(٥) نقض ١٩٨٠/٥/١ (مجموعة خلف ٢٨٧.٧٤٠)، وفي نفس المعنى، نقض ١٩٨٣/١/٣٠ (مجموعة خلف ٢٤٨-٢٤٩)، نقض ١٩٨٨/١/٢٠ (مجموعة خلف ٢٤٩-٢٥٠)، نقض ١٩٨٨/٦/٢٢ (مجموعة خلف ٢٥٠-٢٥١).

(٦) من هذا الاتجاه: السبوري ص/٥٥٠ بند/١٨١، شفيق شحاته بند/٢٤٤، منصور مصطفى منصور ص/٣١٣ بند/١٣٠، الصلح ص/٣٥٦، ٣٥٠ بند/٢٣٠، محمود جمال الدين زكي ص/٤٢٩، ٤٢٨ بند/٢٣٥، ص/١٤٣ بند/٨٦.

يجوز لمشتري الجزء المفروز أن يشفع في حصة شائعة بيعت بعد شرائه، لأنه لا يعتبر، بمقتضى سنده، شريكاً في المال الشائع^(١).

وليس صحيحاً عند أنصار هذا الاتجاه، ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول، من أن مشتري الجزء المفروز يصبح شريكاً على الشيوع بقدر ما اشتراه، لأن هذه النتيجة تخالف إرادة المتعاقدين التي انصرفت إلى التصرف في جزء مفروز لا في حصة شائعة^(٢).

ويبدو أن محكمة التمييز في الكويت، من هذا الاتجاه، فقد جاء في حكم لها^(٣) أن «الشريك في المال الشائع، وإن كان له أن يتصرف في حصته الشائعة المعلومة منه كالنصف أو الثلث قبل القسمة، فليس له قبلها أن يتصرف في قدر مفروز من ذلك المال إلا بإجازة باقي شركائه فيه، لتعلق حقهم بالمبيع في هذه الحالة»^(٤).

قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة

١٦٨ - إذا كان للشريك في الشيوع خيار أخذ الحصة المبيعة بالشفعة، إلا أن هذا الخيار غير قابل للتجزئة Indivisible.

ولم يشأ المشرع الكويتي أن يجذو حذو المشرع المصري فيترك حكم هذه المسألة للقواعد العامة، وإنما وضع في شأنها نص المادة/ ٨٩٥ الذي يجري على النحو التالي: «ليس للشفيع أن يأخذ بعض المبيع، إلا إذا تعدد المشترون فله أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي».

وفي شرحه لقاعدة عدم قابلية الشفعة للتجزئة، يطرح الفقه المصري افتراضات متعددة ويتقصى حلولها الواجبة. وأغلب هذه الافتراضات يتصل بتقرير حق الشفعة على أساس التجاور في الملك. ولما كان المشرع الكويتي لم يأخذ بهذا السبب من أسباب الشفعة، فإن بعض هذه الافتراضات لا يثور أصلاً في القانون الكويتي. وهو ما لم ينتبه إليه بعض شارحي المادة/ ٨٩٥ من هذا القانون^(٥)، فعرض لفروض لا تقوم فيها

(١) انظر الصلح ص/ ٣٥٢ بند/ ٢٢٨، محمود جمال الدين زكي ص/ ٤٢٩ بند/ ٢٣٥.

(٢) انظر عميد جمال الدين زكي ص/ ٣٥٦ بند/ ٢٣٠.

(٣) كانت الدعوى فيه تخضع لمجلة الأحكام العدلية. وفي هذه المجلة تقضى المادة/ ١٠٧٥ بأن: «كل واحد من الشركاء في شركة الملك، أجنبي في حصة الآخر. ليس واحد وكيلاً عن الآخر فلا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه».

(٤) تميز ١/ ١٢/ ١٩٨٢، في الطعن ٣٣/ ١٩٨٢ تجاري (مجلة القضاء والقانون السنة ١١ عدد/ ٢ رقم/ ٢١ ص/ ٨٠).

(٥) أنظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/ ١٢٩، ١٣٠ بند/ ١١٥، ١١٦.

الشفعة أصلا حتى نقول بتجزئتها أو عدم تجزئتها^(١).

١٦٩ - ونحن - في إطار انحصار الشفعة في طائفة الشركاء في الشيوع إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء - نعرض لتفاصيل عدم قابلية الشفعة للتجزئة، المقرر بالمادة/٨٩٥ على النحو التالي:

أ - إذا كان المبيع حصة شائعة واحدة: فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعضها دون البعض، بل عليه أن يشفع فيها كلها، حتى ولو وجد معه شفعاء غيره. فكل منهم يجب عليه، إن كانوا يطالبون بالشفعة فرادي - أن يطلبها في الحصة المبيعة بأكملها، وقد أشرنا لذلك، وبيننا مبرره - في موضع سابق^(٢).

ب - وإذا تعدد مشترو هذه الحصة: فظاهر نص المادة/٨٩٥ أن بإمكان الشفيع أن يأخذ نصيب هؤلاء المشترين ويترك الباقي.

وإذا فهم النص على هذا النحو، يكون المشرع قد جانبه التوفيق فيه. لأنه قد يتصور أن يكون هؤلاء المشترين اشتروا هذه الحصة صفقة واحدة قصد استخدامها في مشروع واحد^(٣)، بحيث يترتب على إجازة الشفعة في نصيب بعضهم دون الباقيين الإضرار بغرضهم من مشتراها. لذلك يجب تفسير النص - في هذا الفرض - على ضوء ظروف كل حالة على حدة. فيكون الأصل أن الصفقة هنا مجزأة أصلا، ما لم يقم الدليل على وحدتها^(٤).

ج - وإذا كان المبيع أكثر من حصة: فإن الصفقة تكون من حيث الأصل مجزأة^(٥). فيجوز للشفيع أن يشفع في إحدى هذه الحصص دون الأخريات. إلا إذا أقام المشتري الدليل على وحدة هذه الصفقة. وقد يستخلص القاضي من تزامن بيع أكثر من حصة ولنفس المشتري قرينة على تواطؤ بين بائعي الحصص والمشتري بقصد تعجيز شريكهم في الشيوع (الشفيع) عن الأخذ بالشفعة في مجموع الحصص المبيعة.

(١) أنظر مثلا قوله: «تكون الصفقة واحدة، رغم تعدد المشترين، إذا بيع المال الشائع كله وليس حصة منه فقط... الأمر الذي يحول دون تجزئة الشفعة في هذه الحالة» ص/ ١٢٩ بند/ ١١٥. وأوضح أنه إذا بيع المال الشائع كله فلن تكون ثمة شفعة بعد ذلك أصلا حتى نقول بتجزئتها أو عدم تجزئتها.

(٢) راجع سابقا بند/ ١٤٢.

(٣) بعد صيرورتها مفرزة بقسمة المال مع باقي اللشاعين شركاء مع باع لهم حصته.

(٤) بل يذهب البعض أكثر بعدا ويعطى هذا الفرض حكما موجدا، وهو عدم جواز الأخذ بالشفعة من بعض هؤلاء المشترين دون البعض، أنظر محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٢١.

(٥) خصوصا إن كان المشترين متعددين.

والحال - في الفرض محل البحث - أن الحصص المباعة شائعة في مال واحد، حتى يكون هناك محل للتساؤل عما إذا كان للشريك في الشروع في هذا المال أن يأخذ بعض هذه الحصص أم يجب أن يشفع فيها كلها، لأنها إن كانت متعددة في أكثر من مال، فقد لا يكون للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض هذه الحصص أصلاً لكونه غير شريك في المال الذي تشيع فيه^(١).

د - بقي فرض نطرحه من قبيل الاستطراد النظري البحث، وهو: أن يكون المبيع أكثر من حصة في أكثر من مال شائع، ويبتع كلها لغرض واحد، حالة كون الشفيع شريكاً في الشروع في واحد من هذه الأموال فقط.

عندئذ لن تكون ثمة شفعة للشفيع، لأن بعض هذه الحصص ليس له الحق في أن يشفع فيه أصلاً، والبعض الآخر^(٢) لا يستطيع أخذه وحده، بالشفعة، حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري.

(١) ومع ذلك التمس الأمر في ذهن البعض، فأعطى المثال التالي، أن يكون المبيع حصة شائعة في مدرسة وحصة شائعة في مبنى شيد ومجهز كمعمل لهذه المدرسة. وقال فيه: «فلا يجوز الأخذ في أحد هاتين الحصتين دون الأخرى لما يترتب على ذلك من تفرقة الصفقة على المشتري»، أنظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/ ١٣٠ بند/ ١١٦. والحقيقة أن الشفيع قد لا يكون له أن يشفع في إحدى هاتين الحصتين أصلاً، كما بيناه في المتن.

(٢) الذي له الحق في أن يشفع فيه.

المبحث الثاني

إجراءات الشفعة

تمهيد:

إذا لم يتم أخذ المبيع بالشفعة رضاء من جانب المشتري كان للشفيع أن يحصل على حكم بها. على أنه - في سبيل الوصول إلى هذا الحكم - يجب عليه أن يتخذ بعض الإجراءات، وفي مواعيد محددة. ولأ سقط حقه في الشفعة. ويتلخص هذه الإجراءات في ثلاثة على النحو التالي:

١ - إعلان الشفيع^(١) رغبته في الأخذ بالشفعة:

الإعلان ومواعيده:

١٧٠ - فأول ما يجب على من يريد الأخذ بالشفعة، عمله، هو «أن يعلن رغبته فيها رسمياً إلى كل من البائع والمشتري...» (م/٨٩٧-١).

فالإعلان يجب أن يكون رسمياً، بأن يتم على يد مندوب الإعلان، ولا يغني عن ذلك أي إجراء آخر، فلا يكفي - مثلاً - الإخطار بالبريد ولو كان مصحوباً بعلم الوصول. إنما لا يعني القول بضرورة رسمية الإعلان حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة دعوى الشفعة. ومن ثم فلا على الشفيع أن أعلن رغبته في ذات إعلان الصحيفة، مادام قد تم في الميعاد (كما سنراه) واستكمل مقومات إعلان الرغبة^(٢).

ويوجه إعلان الرغبة إلى كل من البائع والمشتري، ولا يغني إعلان أحدهما به عن إعلان الآخر. فإذا وجه إلى أحدهما في الميعاد الذي يحدده القانون - كما سنراه - ولم يوجه إلى الآخر إلا بعد انقضائه، سقط الحق في الشفعة. وإذا تعدد البائعون أو المشترون،

(١) ويصح الإعلان - بداهة - من نائب الشفيع، وإذا كان النائب وكلاً فلا يشترط أن يكون مفوضاً في اتخاذ هذا الإجراءات تفويضاً خاصاً... لأن القانون لا يستلزم ذلك... انظر: نقض ١٩٨٨/٢/٢٤ (خلف ٣٤٥-٨٨٤).

(٢) نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ (خلف ٢٩٨-٧٦٥).

تعين إعلانهم جميعا بالرغبة في الأخذ بالشفعة، خلال المدة القانونية. ويتم الإعلان على النحو المبين بقانون المرافقات^(١).

١٧١ - ويجب أن يتم هذا الإعلان خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم الشفيع بالبيع والإسقاط حقه (م/٧٩٨-١)^(٢).

والمقصود بالعلم الذي يبدأ به سريان هذا الميعاد هو العلم الشامل^(٣) والتفصيلي^(٤) بشخص كل من البائع والمشتري^(٥) كليهما، وبالبيع، والشفيع^(٦)، والشروط الأساسية للبيع. باختصار هو العلم الذي يمكن صاحب الحق في الشفعة من تقرير رغبته فيها أو عنها^(٧).

والعبرة فيه بالعلم الواقعي. فهو العلم الذي يجب على المحكمة أن تتحرره وأن تقيم على ثبوته بالذات حكمها بسقوط حق الشفيع إن تجاوز المهلة المحددة لإعلان رغبته في الشفعة. وهي إن جاز لها أن تستخلص هذا العلم مما في الدعوى من أدلة وقرائن تؤدي

(١) ولأن من المقرر أن بطلان الإجراء المعيب لا يحكم به مادام لم يترتب عليه ضرر للخصم (م/١٩ مرافعات). فقد قضى بأنه: إذا كان الثابت أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة قد وجه من الشفيع إلى المرفوع منه (المشتري) في محل تجارته وليس في موطنه، فردّ عليه بإعلان وجهه إليه أقر فيه بأنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانباتها للحقيقة فسارع إلى تصحيحها... مما يدل على تحقق الغاية التي يتوخاها المشرع من وراء هذا الإجراء... فإن الحكم المطعون فيه، إذ خالف هذا النظر وإنتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق في الشفعة لبطلان إعلان الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه». نقض ١٩٧٧/٣/١٦ (خلف ٢٩٩-٧٦٨).

(٢) وطبقا للقواعد العامة، تحسب هذه المدة من اليوم التالي ليوم العلم. راجع في تطبيق لذلك: نقض ١٩٣٥/٦/٢٠ (خلف ٢٩٥-٧٥٥).

(٣) (٤) أنظر في هذا المعنى: نقض ١٩٤٥/١٠/٢٩ (خلف ٣١٠-٧٨٦)، نقض ١٩٤٦/١٢/٢٦ (خلف ٣١٢-٧٩٠).

(٥) أنظر في عدم اعتبار العلم كافيا لعدم معرفة المشتري: نقض ١٩٤٦/١٢/٢٦ (خلف ٣١٢-٧٩٠). وقضى بأن: علم الشفيع بأسماء بعض المشتريين دون بعض لا يعتبر علما ناقصا مجرد ذلك، بل هو علم تام فيما يتعلق بمن علم بهم، ويسرى من تاريخه الميعاد الذي نص عليه القانون لطلب الشفعة بالنسبة إليهم. وبقي حق الشفيع قائما بالنسبة إلى من عداهم منوطا بعلمه بأسمائهم. ومن تاريخ هذا العلم يسرى في حقه هذا الميعاد. أنظر نقض ١٩٥٠/٣/٩ (خلف ٣١٤-٧٩٥)، نقض ١٩٧٣/١١/٥ (خلف ٧٩٦-٣١٤).

(٦) أنظر من تطبيقات القضاء نقض ١٩٥١/١١/٢٩ (خلف ٧٧٢-٢٧٩).

(٧) في هذا المعنى نقض ١٩٥١/١١/٢٩ (خلف ٧٧٢-٢٧٩)، نقض ١٩٧١/٤/٨ (خلف ٧٠٨-٢٧٥)، نقض ١٩٧٧/٣/٩ (خلف ٨٦٦-٢٩٨)، نقض ١٩٨٠/٢/٢١ (خلف ١٠٦٠-٤٩٠)، نقض ١٩٨١/٢/١٨ (٧٧٠-٣٠١).

إليه عقلاً^(١)، إلا أنها لا يصح أن تكفي في هذا الشأن بالعلم الافتراضي، وإلا كان حكمهما معيياً بمخالفة القانون^(٢).

ولا يرفع عن الشفيع واجب إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد، ما قد يقع من النزاع بين البائع والمشتري على تكييف العقد، أو على قوته الملزمة: لأن الشارع قد جعل مجرد العلم بداية حتمية لسريان الميعاد، ورتب على فواته سقوط حق الشفعة^(٣).

وليس يكفي للقول بأن الشفيع قد التزم المهلة المحددة قانوناً لإعلان الرغبة في الشفعة، مجرد كونه سَلَّم ورقة إعلان هذه الرغبة لمندوب الإعلان خلالها، وإنما يجب أن يكون الإعلان تاماً بمفهوم قانون المرافعات، بمعنى تسليم صورة الاعلان للمعلن إليهما (البائع والمشتري) أو في موطنيهما، على حسب الأصول المرسومة في القانون. فإذا لم يتم هذا في الميعاد سقط حق الشفيع^(٤).

١٧٢ - ولما كانت مهلة الإعلان لا تبدأ إلا من يوم علم الشفيع بوقوع البيع علماً فعلياً على ما قدمناه، ولأن هذا العلم من الأمور التي يصعب إثباتها، فقد أجاز القانون «لأي من البائع والمشتري أن يوجه للشفيع إنذاراً رسمياً يعلمه بالبائع» وأوجب أن يشتمل هذا الإنذار على عدة بيانات «ولا كان باطلاً، وهي: «أ - اسم كل من البائع

(١) راجع في أمثلة لقرائن استخلصتها محكمة الموضوع وأقرتها محكمة النقض: نقض ١٩٤٩/٢/١٠ (خلف ٧٩٧ - ٣١٤)، نقض ١٩٥٢/٥/٨ (خلف ٨٠٢ - ٣١٦)، نقض ١٩٣٦/٥/٢١ (خلف ٨٠٣ - ١١٧).

وراجع في أمثلة لقرائن لم تقرها: نقض ١٩٤٥/١/١٨ (خلف ٧٨٩ - ٣١١)، نقض ١٩٥٠/٥/٢٥ (خلف ٨٠٤ - ٣١٧).

(٢) وقد جاء في حكم للنقض أن الحكم الذي يقصر عن تحري العلم الواقعي الذي يحتمه القانون إلى العلم الافتراضي الذي لا يكفي في هذا المقام، يكون قد خالف القانون؛ نقض ١٩٤٦/٣/٧ (خلف ٧٨٧ - ٣١٠).

وقضى بأنه: «إذا كان الحكم قد أثبت علم الشفيع ببيع العين المراد أخذها بالشفعة، ولكنه ارتكن في إثبات علمه بالثمن على مجرد قوله أنه لم يكن متعلزراً على الشفيع أن يتم علمه بالثمن، فإن هذا القول لا يكفي لإثبات هذا العلم لأنه لا يخرج عن كونه مجرد احتمال لا يبلغ درجة القرينة الجائزة الاعتدال عليها في الإثبات؛ نقض ١٩٥٣/١٠/٢٩ (خلف ٧٨٦ - ٣١٠).

(٣) انظر في هذا المعنى: نقض ١٩٤٦/١٢/٢٦ (خلف ٧١٨ - ٢٧٧)، نقض ١٩٥٣/٣/٢٦ (خلف ٧١٩ - ٢٧٨).

(٤) فالمادة ٤ مرافعات تقضي بأنه: «إذا نص القانون على ميعاد حتمي لالتحاق إجراء يحصل بالإعلان، فلا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم الإعلان خلاله».

وانظر في تطبيق للذك: نقض مصري ١٩٤٥/٤/١٢ (خلف ٧٥٢ - ٢٩٤)، نقض ١٩٤٩/١٢/٢٩ (خلف ٧٥٣ - ٢٩٤).

والمشتري ولقبه وموطنه. ب - بيان المبيع بياناً كافياً. ج - بيان الثمن وشروط البيع (م/٨٩٦)^(١). فإذا تم هذا الإنذار الرسمي، اعتبر «قرينة قاطعة» على علم الشفيع بالبيع (م/٨٩٧-١).

وقضى بأنه لا يعني الشفيع من واجب إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد القانوني ادعائه بصورية الثمن الوارد في هذا الإنذار. فعليه أن يعلن رغبته في الميعاد^(٢)، وله بعد ذلك أن يظعن في هذا الثمن أمام المحكمة ويثبت صورته بجميع طرق الإثبات^(٣).

١٧٣ - وغنى عن البيان، أنه لا شيء يمنع الشفيع، إن شاء، أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل أن يوجه إليه البائع أو المشتري هذا الإنذار^(٤).

١٧٤ - وحيداً لو هذا المشرع الكويتي حذو نظيره المصري فجعل الإنذار الرسمي للشفيع بوقوع البيع إجبارياً لا جوازياً. فمن شأن ذلك القضاء على كثير من المشاكل التي يمكن أن تثور في العمل، بإسناد مبدأ سريان مهلة إعلان الرغبة في الشفعة إلى تاريخ محدد بدلاً من إسنادها إلى واقعة قد تكون محل خلاف ويشير إثباتها صعوبة، وهي واقعة علم الشفيع الفعلي بالبيع.

١٧٥ - وفي كل الأحوال، فإنه إذا كان المبيع المراد أخذه بالشفعة عقاراً، فإن حق الشفيع في الشفعة يسقط، إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بها خلال ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع (م/٩٠٣ ب).

الاحتجاج بإعلان الرغبة على الغير:

١٧٦ - ويجعل القانون لإعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة، أثراً يتعدى البائع والمشتري، إلى الغير. ولكن حماية هذا الأخير اقتضت جعل هذا الأثر رهن علمه بدووه بهذا الإعلان. فإن كان المبيع عقاراً كان تسجيل إعلان الرغبة قرينة قاطعة أيضاً على هذا العلم^(٥).

(١) وقضى بأنه: إذا تضمن هذا الإنذار إنكار حق الشفيع المعلن إليه في الأخذ بالشفعة، فإن ذلك لا يعد إنذاراً بالمعنى المقصود بالمادة ٩٤١ مدني مصري (المقابلة للادة/٨٩٦ كويتي). نقض ١٩٨١/٢/١٨ (خلف ٣٠١-٧٧٠).

(٢) أنظر نقض ١٩٦٣/١١/٧ (خلف ٣٢٨-٨٣٣).

(٣) أنظر نقض ١٩٨١/٣/١٢ (خلف ٣٠١-٧٧١)، نقض ١٩٨١/٣/١٧ (نقض ٣٠٢-٧٧٢).

(٥) فتقضى الفقرة الثانية من المادة ٨٩٧ بأنه: «ولا يكون إعلان الرغبة حجة على الغير إلا إذا علم به، فإذا كان المبيع عقاراً فيكون تسجيل إعلان الرغبة قرينة قاطعة على علم الغير».

ويقصد بالغير هنا الأشخاص الذين قد يتصرف إليهم المشتري في المال المشفوع فيه أو بوجه عام كل الذين قد تتقرر لهم حقوق عينية على هذا المال.

وتطبيقاً لذلك قضت المادة/٩٠٢ بأنه: «١ - لا يسرى في حق الشفعيع أي تصرف من المشتري من شأنه نقل الملكية أو ترتيب حق عيني آخر، إذا كان قد صدر بعد التاريخ الذي أصبح فيه إعلان الرغبة حجة على الغير وفقاً للمادة/٨٩٧. ٢ - ويكون للدائنين المقيدة حقوقهم ما كان لهم من أولوية فيما آل إلى المشتري من ثمن».

كما أن من تطبيقاته أيضاً ما سبق أن أشرنا إليه - فيما يتعلق بالشفعة في حالة توالي البيع من أنه: «إذا اشترى شخص ما تجاوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن يعلن الشفعيع رغبته في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يصبح إعلان الرغبة حجة على الغير وفقاً للمادة/٨٩٧، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها» (م/٨٩٤). وأساس هذا الحكم ما سبق أن قلناه من أن المشتري من المشتري يعتبر من الغير في حكم المادة/٩٠٢ مدني.

٢ - إسداد الثمن:

١٧٧ - ويجب على الشفعيع أن يودع خزانة إدارة التنفيذ، كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، وذلك قبل رفع دعوى الشفعة، وبالأكثر قبل مضي ثلاثين يوماً على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وإلا سقط حقه (م/٨٩٨). وللمحكمة أن تقضي بهذا السقوط من تلقاء نفسها^(١).

ويظل هذا الإيداع، خلال هذه المهلة، لازماً على الشفعيع، بحسبانه شرطاً لقبول دعوى الشفعة وضماناً لجدية الشفعيع في طلبها^(٢)، أوجب القانون^(٣) بصرف النظر عما عسى أن يكون هناك من اتفاق بين المشتري والبايع حول موعد الوفاء بالثمن. فإذا فرض أن كان هذا الأخير قد منحه المشتري أجلاً للوفاء، فإن هذا الأجل لا يعفى الشفعيع من ضرورة التقيد بالمهلة التي نص عليها القانون. ولا تعارض بين اشتراط

(١) أنظر: نقض ١٩٥٣/١٢/٣١ (خلف ٩٠٩ - ٣٥٥)، نقض (١٩٧٨/٦/٢٨) (خلف ٩٣٦ - ٣٦٤)، نقض ١٩٨٣/٢/٣ (خلف ٩٤١ - ٣٦٥).

(٢) في هذا المعنى نقض ١٩٦١/١٠/١٦ (خلف ٩٢٩ - ٣٦١)، نقض ١٩٦٦/١٠/١٨ (خلف ٩٣٢ - ٣٦٢).

(٣) وتبرر محكمة النقض هذا الإلزام بأنه: «ليس إلا مظهراً من مظاهر تنقيح الشفعة، للتوفيق بين القائلين بإلغاء هذا النظام ورواي القائلين بإبقائه»، نقض ١٩٥٤/١٢/٢٨ (خلف ٩٠٥ - ٣٥٣)، وفي نفس المعنى: نقض ١٩٥٣/١/٢٢ (خلف ٩٠٦ - ٣٥٤).

القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه في المادة/ ٢٩٠٠ (المقابلة للمادة/ ٩٤٥ مصري) من أنه لا يحق للشفيع «الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع»، «ذلك أن البائع لا يملك إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون. كما أن هذا النص إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري»^(١).

١٧٨ - ويكون للشفيع - في حالة الثمن الصوري - أن يودع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي^(٢). «عل أن يثبت صحة هذا الاعتقاد بمعنى أن يقيم الدليل على أن البائع والمشتري اتفقا على ذكر ثمن في العقد أكبر من الثمن الحقيقي لحرمانه من الأخذ بالشفعة»^(٣). وله أن يقيم هذا الدليل بجميع الطرق^(٤)، من حيث يتعلق الأمر بغش أو تحايل على القانون.

إنما يجب أن يقيم هذا الدليل أثناء نظر الدعوى. فإن عجز عن ذلك اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانونا وسقط حقه في الشفعة، حتى ولو أبدي استعداده للقيام بتكملة الإيداع أو حتى قام بتكاملته أثناء نظر الدعوى^(٥). وقضى، في هذا المعنى بأنه، إذا ما أودع الشفيع «ما ظنه الثمن الحقيقي ثم ظهر أنه على خلافه، فإنه يكون بذلك مجازفاً وعليه خطره، ويكون بهذا الإيداع الناقص قد عرّض حقه في الأخذ بالشفعة للسقوط»^(٦).

١٧٩ - أما على العكس، إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، فيكفي أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد، مادام أنه حسن النية لا

(١) نقض ١٩٦٣/١١/٧ (خلف ٨٣٠ - ٣٢٧)، وأنظر أيضا نقض ١٩٥٣/١٢/٣١ (خلف ٩٠٨ - ٣٥٤)، نقض ١٩٧٦/١/٢٩ (خلف ٩٣٤ - ٣١٢).

(٢) نقض ١٩٥٩/٤/٢ (خلف ٩٢٣ - ٣٥٩) والأحكام المشار إليها في الهامش التالي.

(٣) نقض ١٩٨٠/٤/١ وفيه قضت بأن اشتراط إيداع الثمن المسمى في العقد ولو كان صوريا، بعد قيدا لا يحتمله نص المادة/ ٢٩٤٢ (المقابلة للمادة/ ٨٩٨ كويتي) (طلبه ص/ ٤٢٧)، وأنظر أيضا نقض ١٩٨٠/٤/١ (خلف ٩٣٧ - ٣٦٤).

(٤) (٥) أنظر نقض ١٩٥٩/٤/٢ (خلف ٩٢٤ - ٣٥٩)، نقض ١٩٦٣/١١/٧ (خلف ٨٣٣ - ٣٢٨)، نقض ١٩٦٣/١٢/٥ (خلف ٩٣١ - ٣٦١).

(٦) في هذا المعنى: الصلة ص/ ٤٤٥ بند/ ٣٧٧، محمود جمال الدين زكي، بند/ ٢٦٠.

(٧) نقض ١٩٥٥/٢/١٠ (خلف ٩١١ - ٣٥٦)، وأنظر أيضا نقض ١٩٦٣/١٢/٥ سابق الإشارة إليه، نقض ١٩٦٩/٥/١ (خلف ٩٣٣ - ٣٦٢).

يعلم بحقيقة الثمن، فيكون الإيداع في حد ذاته صحيحاً^(١). أما ما يلتزم الشفيع بدفعه من ثمن في النهاية لقاء المبيع الذي يشفع فيه، فمسألة محل خلاف بين الشراح، تفريعا على اختلافهم حول مدى إمكان اعتبار الشفيع من الغير بالنسبة إلى التصرف الصوري المشفوع فيه^(٢). وقد سبق أن تبيننا الرأي الذي لا يرى في الشفيع غبرا. وتفرعا على ذلك نرى - مع أنصار هذا الاتجاه^(٣) - أنه يجوز لكل من طرفي التصرف الصوري المشفوع فيه، أن يثبت الثمن الحقيقي. فإذا نجح في ذلك، وجب على الشفيع أن يدفع هذا الثمن.

٣ - رفع دعوى الشفعة:

١٨٠ = وكإجراء أخير «يجب على الشفيع أن يرفع الدعوى بالشفعة على كل من البائع والمشتري، خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة»، شرط أن يكون سبق أن أودع خزانة إدارة التنفيذ كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع - على ما قدمناه - وإلا سقط حقه (م/٨٩٨). وللمدعي عليهما أن يتمسكا بهذا السقوط في أية حالة كانت عليها الدعوى. وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها^(٤).

وحيث تحسب مدة الثلاثين يوما من تاريخ إعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة لكل من المشتري والبائع، ترى محكمة النقض أنه، إذا ما فرض وكان الشفيع قد أعلنها بهذه الرغبة أحدهما بعد الآخر، فإن العبرة، في بدء سريان هذه المدة، تكون بالإعلان

(١) في هذا المعنى: السنبوري ص/٦٦٠ بند/٢١٢، محمود جمال الدين زكي بند/٣٦٠.

(٢) راجع سابقا بند/١٤٦.

(٣) أنظر: السنبوري ص/٦٦٠ بند/٢١٢، الصلح ص/٤١٩ بند/٢٦٣، ص/٤٤٥ بند/٢٧٧، محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٦، وقرب: محمد كامل مرسي بند/٢٩٥ وعكس ذلك:

نقض ١٩٤٩/٤/١٤ (مجموعة عمر جـ/٥ رقم/٤٠٨ ص/٧٥٦)، نقض ١٩٥٣/١/٢٩ (مجموعة أحكام النقض ٤١٥٩-٤١٦٠)، نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ (مجموعة أحكام النقض ٢٦-٢١٧-١٣٨٤)، نقض ١٩٧٥/١١/٢٧ (طلبية ص/٤٢٧)، نقض ١٩٥٢/٥/١٥ (خلف ٩٤٣-٣٦٧)، وإجمالا فإن محكمة النقض ثابتة على هذا الاتجاه لا تحيد عنه.

(٤) في هذا المعنى: السنبوري ص/٦٨٥ بند/٢٢٠، محمد كامل مرسي ص/٤٤٠ بند/٤٤٧، أسيوط الكلية ١٩٣٧/٦/١٣ (الحاملة السنة ١٨ رقم/١٨٥ ص/٣٦٩)، وعكس ذلك: محمود جمال الدين زكي ص/٤٨٤ بند/٢٦٤.

الأخير^(١).

وتتحدد المحكمة المختصة بهذه الدعوى طبقاً للقواعد العامة، وبحسبان دعوى الشفعة دعوى عينية، من حيث الشفعة سبب لكسب الملكية. أما كونها عينية عقارية أو عينية منقولة فهو وقف على طبيعة المال المشفوع فيه.

ونص المادة/٨٩٨ واضح في ضرورة رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري كليهما، فلا يكفي رفعها على أحدهما ولو كان هو المشتري. ومن يتوفى منها يجب اختصام ورثته جميعاً فيها^(٢). فدعوى الشفعة، من هذا، تكون دعوى متعددة الأطراف وجوبا. وهذا التعدد يجب مراعاته في جميع مراحل هذه الدعوى^(٣). فإذا رفعت في أي مرحلة ولم يخاصم فيها من يجب اختصامه قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها^(٤). وإذا تعدد مشترو الحصة المبيعة، وجب إقامة الدعوى عليهم جميعهم^(٥). فإن كانوا يتعددون في عدة حصص وجب إقامتها عليهم جميعهم أيضا إذا كان الشفيع يرغب أخذ هذه الحصص بالشفعة جميعاً^(٦).

وحيث تعتبر الدعوى مرفوعة من يوم إيداع صحيفةها إدارة كتاب المحكمة، فإنه يلزم لصحة رفع دعوى الشفعة، أن يكون الشفيع سبق إلى إيداع الثمن خزانة إدارة التنفيذ قبل إيداع صحيفة الدعوى إدارة الكتاب^(٧). بيد أن القانون لم يشترط فاصلا زمنيا بين هذين الإجراءين، فيمكن - من ثم - القيام بهما في يوم واحد، شرط أن يسبق إيداع الثمن لإيداع الصحيفة.

ولما كانت مدة الثلاثين يوما هي مدة معينة في القانون لمباشرة إجراء رفع الدعوى فيها، فإنه يمكن - طبقاً للمادة/١٨ مرافعات - أن يزداد عليها ميعاد مسافة، وفقا للتنظيم

(١) أنظر نقض ١٩٤٧/١١/٢٧ (خلف ٨١٥-٣٢٢)، نقض ١٩٧٦/٥/٢٥ (خلف ٨٣٨-٣٢٩)، نقض ١٩٨١/٤/٢٩ (خلف ٨٤٠-٣٣٠).

(٢) نقض ١٩٤٧/١١/٢٧ (خلف ٨١٥-٣٢٢).

(٣) أمام أول درجة، وفي الاستئناف، وأمام التمييز.

(٤) أنظر: نقض ١٩٤٨/٢/١٩ (خلف ٨٤١-٣٣٠)، نقض ١٩٥٠/٦/١٥ (خلف ٨٤٤-٣٣١) نقض ١٩٥٦/٢/٩ (خلف ٨٦١-٣٣٨)، نقض ١٩٥٩/٤/٢ (خلف ٨٦٨-٣٣٩) نقض ١٩٦١/٤/١٧ (خلف ٨٦٩-٣٤٠) نقض ١٩٧٠/١١/١٠ (خلف ٨٧٣-٣٤١)، نقض ١٩٧٣/١١/١٣ (خلف ٨٧٤-٣٤١)، نقض ١٩٧٣/١١/٢٩ (خلف ٨٧٥-٣٤٢)، نقض ١٩٨١/٣/٣ (خلف ٨٧٨-٣٤٢)، نقض ١٩٨٨/١/٢٠ (خلف ٨٨٢-٣٤٤)، نقض ١٩٨٨/٥/٤ (خلف ٨٨٥-٣٤٦).

(٥) ١٩٥٣/١٢/٢٤ (خلف ٨٢٠-٣٢٣).

(٦) نقض ١٩٨٠/٦/١٣ (خلف ٨٣٩-٣٣٠).

المقرر بهذه المادة.

١٨١ - فإذا راعي الشفيع كل ما تقدم من القيود، فإن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لحقوقه والتزاماته، وذلك دون إحلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» (م/٨٩٩)^(١).

(١) أنظر لاحقا البند ١٩٥ - ١٩٧.

المبحث الثالث

مسقطات الشفعة

حصر، وإحالة:

١٨٢ - قد يتخلف شرط أو أكثر، من الشروط اللازم توافرها حتى ينشأ للشفيع خيار الشفعة فلا ينشأ هذا الخيار أصلا، أو في عبارة مساوية فيمتنع الأخذ بالشفعة.

١٨٣ - وقد تتوافر كل شروط هذا الخيار عند صدور البيع، لكن شرطا منها، أو أكثر، يزول، قبل تمام الأخذ بالشفعة فيزول أو يسقط حق الشفيع، ويتعين عدم الاستمرار في إجراءات الشفعة: كما لو وقعت قسمة للمال الشائع فلم يعد الشفيع شريكا في الشيوع، أو أن يتقرر إبطال البيع المشفوع فيه قبل صدور الحكم بالشفعة ... الخ.

كذلك، يسقط حق الشفيع عدم اتخاذه إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة، أو عدم استيفائه شروط الإجراء، أو عدم تقيده بمواعيده.

وهكذا فمسقطات الشفعة كثيرة، ويمكن استخلاصها من كل ما تقدم دراسته من شروط الأخذ بها وإجراءاتها. وهذا هو المعنى الذي كان يقصده المشرع، عندما نص في الفقرة (ج) من المادة/٩٠٣ على أن حق الأخذ بالشفعة يسقط أيضا «في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون».

ويبقى من مسقطات الشفعة لم نعرض له حتى الآن، سقوطها بالتنازل عنها، فنكسر له هذا المبحث، نختتمين بالتأكيد على عدم سقوط الشفعة بموت الشفيع.

سقوط الحق في الشفعة بالتنازل عنه:

١٨٤ - بدا من الحصر السابق^(١) أن مسقطات الشفعة تختلف عن مرانها. ومن ثم كان المشرع على حق حين جعل من ضمن الأحوال التي يمتنع فيها الأخذ بالشفعة (أو التي لا تجوز فيها الشفعة ابتداء)، حالة ما إذا أظهر الشفيع إرادته صراحة

(١) أنظر سابقا بند/١٨٢، ١٨٣.

أو ضمنا وقت البيع أو قبله في أنه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تم بها البيع» (٨٩٣/٤ - ج). فوضع المسألة - على هذا النحو - موضعها الصحيح، إذ لم يكن من الدقة أن يجعلها من بين أسباب سقوط الحق في الشفعة، لأن سقوط الحق لا يكون إلا بعد ثبوته، وهو لا يثبت إلا على أثر البيع. وقد سبق بيان هذا المانع من موانع الشفعة والفرض الذي يعمل فيه^(١).

١٨٥ - أما النزول عن الحق في الشفعة بعد البيع فقد نص عليه المشرع بين أسباب سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، حين قضى في المادة/٩٠٣ بأنه: «يسقط الحق في الأخذ بالشفعة أ - إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ» بها «صراحة أو ضمناً». ونوه - قبل الخوض في تفاصيل هذا السبب - إلى أننا سوف نعرض، في هذا الموضع، للنزول عن الشفعة عموماً دون تفرقة بين ما يكون منه سابقاً على البيع وما يكون لاحقاً عليه، حتى تكتمل الصورة فيه. تحت تحفظ أن النزول اللاحق على البيع هو وحده الذي يعتبر من مسقطات الحق في الأخذ بالشفعة.

١٨٦ - فالشفعة كأى حق أو خيار، يمكن التنازل عنها من جانب من تقررت له، وهو الشفيع، لاشك في ذلك. وهذا التنازل يمكن - بحسبانه تعبيراً عن الإرادة - أن يكون صريحاً ويمكن أن يكون ضمناً.

إنما يلزم في النزول الضمني أن يكون ما يستفاد منه ناطقاً في انصراف النية إليه، لأن التنازل عن الحق لا يفترض. فلا بد فيه، إذن، من صدور عمل أو تصرف من الشفيع، يفيد حتماً رغبته عن استعمال خيار الاستشفاع بأن ينطوي على اعتبار المشتري مالكا نهائياً للمبيع^(٢). واستخلاص ذلك من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً^(٣).

(١) أنظر سابقاً بند/١٦٠.

(٢) في هذا المعنى: نقض ١٩٨٠/٥/٢٩ (خلف ٩٦٨ - ٣٧٦)، نقض ١٩٨٢/١١/٢٤ (خلف ٩٧٥ - ٣٧٩)، نقض ١٩٧٨/١/١٠ (خلف ٩٦٦ - ٣٧٦)، نقض ١٩٨١/١/١٨ (خلف ٩٦٩ - ٣٧٦).

(٣) نقض ١٩٨٢/١١/١١ (خلف ٩٧٣ - ٣٧٦).

(٤) أنظر في استخلاصات لمعنى تنازل ضمني، أقرتها محكمة النقض: ١٩٤٥/١٢/٢٠ (خلف ٩٥٩ - ٣٧٣)، وفي استخلاصات رفضتها: نقض ١٩٤٦/١٢/٥ (خلف ٩٥٨ - ٣٧٢): وأنظر في استخلاصات بعدم استفادة تنازل ضمني، أقرتها محكمة النقض: نقض ١٩٧٤/٣/١٤ (خلف ٩٦٤ - ٣٧٥)، نقض ١٩٨١/١/٨ (خلف ٩٦٩ - ٣٧٦).

وقضى - تبعاً لذلك - بأنه لا يعد من قبيل النزول الضمني عن الشفعة، رفض الشفيع أخذ المال المشفوع فيه بالثمن الذي طلبه المشتري منه لاستكثاره هذا الثمن على الثمن الحقيقي^(١). وبأنه، لا يفيد النزول عن حق الشفعة ما كان من مساومة بين الشفيع والمشتري حول تنازل الأول عنها^(٢)، إلى غير ذلك من الأمثلة^(٣).

ومن أمثلة النزول الضمني، أن يقوم الشفيع، هو نفسه، بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري «أو حتى تمتته للمشتري بالصفقة»^(٤). أو اعتباره المشتري شريكاً في الشئ مع مكان البائع^(٥). أو - بدلاً من اتخاذ إجراءات الشفعة - مساومته المشتري على الحصة المبيعة بأن يطلب منه بيعها له بثمن شرائه أو بما يزيد عليه^(٦) «فإن ذلك يعني طلب تخليك بعقد جديد من هذا المشتري، وفي ذلك دلالة الرضا به مالكا بمقتضى البيع الصادر له»^(٧)، إلى غير ذلك من الأمثلة^(٨).

١٨٧ - وكما يجوز النزول عن الشفعة بعد البيع، فالنزول عنها قبله جائز^(٩). بل ربما هو الأكثر شيوعاً في العمل حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء. ولا خطر منه، على الشفيع «لأنه يعلم مقدماً أنه حق الذي يتنازل عنه، ومذاه، وأثر تنازله عنه»^(١٠). ولخروجه على المبادئ العامة - من حيث أن الأصل هو عدم جواز النزول عن الحق قبل ثبوته - يصعب تفسير تقريره إلا برغبة المشرع في التضييق من الأخذ بالشفعة بتسهيل فرص النزول عنها^(١١).

وترى محكمة النقض في «ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع» تعهد من

(١) أنظر نقض ١٩٤٥/١٢/٢٠ (خلف ٩٥٩ - ٣٧٣).

(٢) أنظر نقض ١٩٨١/١/٨ (خلف ٩٦٩ - ٣٧٦).

(٣) أنظر مثلاً نقض ١٩٧٤/٣/١٤ (خلف ٩٦٤ - ٣٧٥)، نقض ١٩٤٥/٢/١٥ (خلف ٩٧٧ - ٣٧٢).

(٤) (ضمناً) من حكم نقض ١٩٥٦/٣/١٥ (خلف ٩٦٢ - ٣٧٥).

(٥) استئناف (مصري) مخطوط ١٨٩٥/١١/٢٦ مشار إليه في عمود جمال الدين زكي بند ٢٢٢ هامش/٣.

(٦) نقض ١٩٨٢/١١/١١ (خلف ٩٧٤ - ٣٧٩).

(٨) أنظر مثلاً نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩ (خلف ٩٧١ - ٣٧٩).

(٩) ونص المادة ٩٠٣/أ سابق الإشارة بعموم. ومقابلته في القانون المصري (وهو نص المادة ٩٤٨). يصرح بجواز النزول عن الشفعة ولو قبل البيع. وهذا الحكم يخالف رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، أشار لذلك عمود جمال الدين زكي بند ٢٢٢ هامش/١١ نقلاً عن الأستاذ على الخفيف، كما ورد ضمن حكم نقض ١٩٥٢/٣/٢٠ (خلف ٩٥٢ - ٣٧١).

(١٠) نقض ١٩٥٢/٣/٢٠ (مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١١٣ ص/٦٥٨).

(١١) في هذا المعنى: عمود جمال الدين زكي بند ٢٢٢.

الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع^(١). وقد فرّعت على هذا التحليل وجوب أن يكون هذا النزول صريحاً^(٢). لكنها في أحكام لاحقة، حادت عن استلزام أن يكون النزول المسبق صريحاً، حين قضت بأن «قيام مالك الأرض بإقامة بناء عليها بقصد تمليك طوابقه أو شققه للغير بطريق البيع، يعد نزولاً منه عن حقه في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند إعادة بيعها، باعتباره المفهوم الصحيح لإرادة المالك الأصلي في نظام تمليك الطوابق أو الشقق»^(٣).

١٨٨ - وللشفيع أن يتنازل عن الشفعة حتى بعد سبق طلبها. وليس للمشتري أن يطالبه في هذه الحالة بالتعويض، لأنه بهذا التنازل يستعمل حقه في حدود القانون^(٤). إنها إن تم الأخذ بالشفعة رضاً أو قضاءً، فلا يجوز للشفيع أن يعدل بعد ذلك عنها إلا بموافقة المشتري.

١٨٩ - وبالمقابلة، فإنه إذا ما ثبت نزول الشفيع عن حقه في الشفعة، فإنه لا يكون له بعد ذلك أن يعود إلى طلبها، وإن جاز له - بداهة - أن يطالب بها في بيع جديد^(٥).

عدم سقوط الشفعة بموت الشفيع (انتقال حق الشفيع بالميراث):

١٩٠ - وطبقاً لصريح نص المادة/٩٠٤ «لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع، وإنما ينتقل إلى ورثته».

وهذا النص يحسم خلافاً شديداً، كان وما يزال يثور في الفقه والقضاء المصريين حول أثر موت الشفيع على الحق في الشفعة ومدى قابلية هذا الحق للانتقال بالميراث إلى الورثة، وذلك لعدم تضمّن التشريع المصري نصاً مماثلاً للنص الكويتي، إذ أثر المشرع هناك أن يترك هذه المسألة لاجتهاد القضاء بعد أن كثر الخلاف حولها.

وهذا الخلاف هو انعكاس - في حقيقة الأمر - لخلاف في الفقه الاسلامي - المصدر التاريخي للشفعة - حول نفس المسألة:

١٩١ - فعند الشافعي ومالك - أن حق الشفعة يورث، فيحل الوارث محل مورثه

(١) (٢) نقض ١٩٦٠/٣/١٠ (خلف ٩٦١ - ٣٧٤).

(٣) نقض ١٩٨١/٤/١٩، نقض ١٩٧٨/٦/٧ سابق الإشارة إليها.

(٤) استئناف مصر ١٩٢٢/٢/٢٨ (المحكمة السنة ٢/رقم ١٠٥ ص ٣٢٩).

(٥) نقض ١٩٥٢/٣/٢٠ سابق الإشارة إليه.

لأنه حتى متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من مال، فإذا انتقل ذلك المال إلى الوارث انتقل إليه بحقوقه. وذهب أحمد إلى أنه يورث إذا ما تقرر بالمطالبة، لتأكده وتحققه حينئذ، أما قبل المطالبة فلا يورث. أما الحنفية فحق الشفعة لا يورث عندهم، إذ هو إرادة ومشينة والوارث لا يرث مورثه في رغباته لأنها صفات شخصية.

١٩٢ - وعن هذا الخلاف، ذهب البعض في الفقه المصري، قبل العمل بالتقنين المدني الحالي، إلى جواز التوارث في الشفعة، فيما رأي آخرون سقوطها بموت الشفيع. وفي القضاء، ذهبت بعض الأحكام إلى انتقال حق الشفعة إلى الورثة، فيما قضت أغليتها بسقوطه بموت الشفيع قبل الحكم له به، ورجحت محكمة استئناف مصر بدواؤها بالمجموعة هذا القضاء الأخير.

أما محكمة النقض فأخذت بالرأي الأول وقضت بانتقال خيار الشفعة بالإرث إلى ورثة الشفيع^(١). وحيث كان الجدل مستعرا على هذا النحو حول هذه المسألة عند وضع التقنين المدني المصري الحالي، أثر المشرع تركها لاجتهاد القضاء. فخرج التقنين خلوا من نص يحسمها، وبقي الجدل قائما بشأنها حتى الآن.

فالبعض على أن حق الأخذ بالشفعة لا يسقط بموت الشفيع بل ينتقل إلى ورثته حتى ولو كان الشفيع مات قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها^(٢). والبعض الآخر على أنه يورث فقط إذا كان الشفيع سبق أن رفع الدعوى بالشفعة قبل وفاته^(٣)، تأسيسا على أن الشفعة - قبل رفع الدعوى بها - تكون مجرد رخصة لا ترقى إلى مرتبة الحق فلا تنتقل للورثة^(٤). فيما يرى البعض الثالث أنها لا تورث حتى ولو كان الشفيع مات بعد أن رفع دعوى الشفعة^(٥) لأن ملكية الشفيع لم تستمر في هذه الحالة حين الحكم بالشفعة والوارث لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا وقت البيع^(٦). أما محكمة النقض فلا تزال عند موقفها السابق، وترى أن الخيارات جميعا، بما فيها خيار الشفعة، تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجري فيها التوارث مجراها في المال^(٧).

(١) راجع في عرض هذا الخلاف، وأنصار كل رأي وحججهم: السنهوري بند/١٦٣ ص/٥٩ وما بعدها، محمود جمال الدين زكي بند/٢٢٠ ص/٣٩٣.

(٢) من هذا الرأي: شفيق شحاته بند/٢٥٨، الصده ص/٤٧٥ بند/٢٨٨، منصور مصطفى منصور بند/١٥٠، لبيب شنب بند/١٠٢ ص/١٠٦، أنور طلبة ص/٣٥٢.

(٣) من هذا الرأي: محمد علي عرفة بند/٣٦، السنهوري بند/١٦٣، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٢٦٠.

(٤) من هذا الرأي: اسماعيل غانم بند/٩٢، وقرب البردوي ص/٣٦٨ وما بعدها بند/٢٦٧.

(٥) أنظر: نقض ١٩٣٩/٦/٨ (خلف ٩٨١ - ٣٨١)، نقض ١٩٤٦/١/٣١ (خلف ٩٨٣ - ٣٨١)، نقض ١٩٨١/٢/٢٤ (خلف ٩٨٥ - ٣٨٢)، نقض ١٩٨٧/١٠/٢١ (خلف ٩٨٦ - ٣٨٢).

المبحث الرابع

آثار الأخذ بالشفعة

فكرة حلول الشفيع محل المشتري:

١٩٣ - تتحدد آثار الشفعة في ضوء فكرة عامة، تحكم جميع هذه الآثار، وهي أن الشفيع، بأخذه المبيع بالشفعة، إنما يحل في الواقع في نفس مركز المشتري، وذلك في جميع حقوق هذا الأخير والتزاماته. وقد عبرت عن هذه الفكرة المادة/٩٠٠-أ حين قضت بأن «يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته»^(١). كما عبرت عنها بحكمة النقض المصرية حين قضت بأنه: «يترتب على الأخذ بالشفعة، تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع»^(٢). وقد فرّعت على ذلك، زوال «صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع، لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع»^(٣).

وفي ضوء هذه الفكرة، نوجز - فيما يلي - آثار الأخذ بالشفعة، مقتصرين على بحث هذه الآثار في علاقة الشفيع بالمتبايعين (البائع والمشتري). أما العلاقات القانونية التي قد تنشأ بين الشفيع والغير على أثر ما قد يكون المشتري رتبته على المال المشفوع فيه من حقوق عينية قبل أن يؤخذ منه هذا المال بالشفعة، فقد سبق أن تناولناها عند دراستنا لأثر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ومدى إمكان الاحتجاج به على الغير. فنحلي - في هذه العلاقات - إلى ذلك الموضع^(٤) مذكّرين فقط بما تقضي به المادة/٩٠٢ من أنه «لا يسرى في حق الشفيع أي تصرف من المشتري من شأنه نقل الملكية أو ترتيب حق

(١) وبقابلها - في القانون المصري المادة ١/٩٤٥.

(٢) (٣) نقض ١٨/١/١٩٥١ (خلف ٩٨٧-٣٨٤). وقد رُتبت على هذا التصوير، أن دعوى الشفعة - بحكم كونها الإجراء الذي يتم به هذا التحويل قضاء، يجب أن تكون دائرية بينهم الثلاثة كذلك، ومن ثم يتحتم اختصاصهم جميعاً في جميع مراحل التقاضي وإلا كانت غير مقبولة.

ونظر عرض للآراء المختلفة التي قبلت في ناصيل الأساس القانوني لحلول الشفيع محل المشتري، مذكور في إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التكييف القانوني للشفعة بحث منشور بمجلة المحامي ص/١٢ يونيو ١٩٨٩ بند/١١١ وهامش رقم/٢٤٨.

(٤) راجع سابقاً بند/١٧٦.

عيني آخر، إذا كان قد صدر بعد التاريخ الذي أصبح فيه إعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة/ ٨٩٧.

٢ - ويكون للدائنين المقيدة حقوقهم ماكان لهم من أولوية فيما آل إلى المشتري من ثمن^(١).

تملك الشفيع للمبيع :

١٩٤ - متى كان مقتضى الأخذ بالشفعة رضاء أو قضاء، حلول الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع، ترتب على ذلك أن يملك الشفيع المبيع موضوع التصرف المشفوع فيه. ويكون سند ملكيته رضاء المشتري، إذا تم الأخذ بالشفعة رضاء، وإلا فحكم المحكمة إذا تم الأخذ بالشفعة قضاء، وفي هذا الشأن تقضى المادة/ ٨٩٩ بأن «الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لحقوق الشفيع والتزاماته، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل»^(٢).

١٩٥ - غير أن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الصدد هو عن الوقت الذي نقول فيه بأن الشفيع حل، قبل البائع، محل المشتري في البيع الذي أبرمه بحيث نعتبر الشفيع قد تملك المشفوع فيه منذ ذلك الوقت، مالم يكن عقارا فيتراخي انتقال الملكية إلى وقت التسجيل، غاما كما كان الأمر سيكون بالنسبة للمشتري لو لم تكن شفعة؟.

ونص المادة/ ٨٩٩ سالفه الذكر، ونظيره المصري، لا يسعفان في هذا الشأن. فلفظة «سند» المستخدمة فيهما هي لفظة ملتبسة في هذا الموضع ولا تبين المعنى المحدد المقصود منها. فحين يقول المشرع أن الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع، يظل التساؤل واردا: هل السند هنا هو السند بمعنى دليل الملكية أو حجيتها، فيكون الحكم، على هذا، مقرا لحق الشفيع في الملكية أو كاشفا عنه، أم هو السند بمعنى السبب القانوني المشيء لحق الملكية، فيكون الحكم، على هذا هو المشيء لهذا الحق، لأن لفظة «سند» تحتمل المعنيين. وبالمفهوم الأول: ستكون الملكية للشفيع من

(١) وتواجه الفقرة الأخيرة فرض ما لو نشأت على المشتري ديون مقيدة ضابها على المال المشفوع فيه. وحكمها فيه مفهوم، فالحماية التي تقدمها للشفيع، بتقرير عدم نفاذ هذه القيود في حقه، لا تمنع - بداهة - من أن تبقى للدائنين حقوقهم في الأولوية على ما يؤول إلى المشتري من ثمن.

(٢) ويقابها في القانون المصري نص المادة/ ٩٤٤.

(٣) وفي معناه أيضا جاء في حكم لمحكمة النقض أنه: «إذا كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إيجابيا ينشأ بالبائع مع قيام المشرع، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع، في غير حالة التراضي، إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة» نقض ٣١/ ١٠/ ١٩٤٦ (خطف ٩٨٨ - ٣٨٤).

يوم صدور البيع المشفوع فيه، وبالمفهوم الثاني ستكون له من يوم صدور الحكم النهائي^(١).

الإجابة على التساؤل السابق قسمت الفقه والقضاء إلى اتجاهين على طرفي نقيض :

١٩٦ - فتمتة اتجاه أول يرى أنصاره أن التراضي على الشفعة أو الحكم بثبوتها ليس هو الذي يجعل منها سببا لإنتاج آثارها، بل يقتصر على فض النزاع الذي يثور بين ذوي الشأن حول قيامها. ومتى انقطع هذا النزاع، رضاء أو قضاء، حلّ الشفع بحكم القانون محل المشتري في البيع المشفوع فيه، وتحولت الصفة بعد أن كانت بين البائع والمشتري، إلى أن تكون بين البائع والشفيع. ويكون ذلك - عند البعض منهم - منذ أن وجدت الصفة، أي منذ تمام البيع بين البائع والمشتري^(٢)، فيها يكون عند بعضهم الآخر من وقت اكتمال عناصر الشفعة، وهي تكتمل، عند البعض، بإعلان الرغبة فيها^(٣)، وعند البعض الآخر برفع دعوى الشفعة^(٤).

وهكذا لا يكون التراضي على الشفعة أو الحكم بثبوتها عند أنصار هذا الاتجاه جميعا، منشأ لحق الشفع أو ناقلا للملكية المشفوعة فيه إليه، بل يكون مجرد كاشف عن حقه فيه أو مقرر للملكية له. ويكون المشرع - باستخدامه اصطلاح «السند» نعتا للحكم بثبوت الشفعة - قد قصد استخدامه في معنى أنه هو دليل الملكية وحجيتها.

١٩٧ - أما الاتجاه الذي ساد في الفقه^(٥)، وفي القضاء^(٦)، فيذهب - على النقيض - إلى أن التراضي على الشفعة أو الحكم النهائي بثبوتها هو الذي ينشئ حق الشفع. فيكون - من ثم - حلول هذا الأخير، في البيع، محل المشتري، وبالتالي، انتقال الملكية

(١) إلا إذا كان المبيع عقارا فيعين - في الحالتين - مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل.

(٢) وهذا ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، أنظر جـ/٦ ص/٤٤٠، ومن هذا الرأي أيضا: محمود جمال الدين زكي، بند/٢٦٧ والأحكام المشار إليها فيه هامش/٧، السهري ص/٧٠٥ بند/٢٢٦، وفارن - مع ذلك - ص/٧٠٢ بند/٢٢٥ حيث يجعل انتقال الملكية للشفيع من وقت أن تقوم الشفعة مستكملة لعناصرها بإبداء الشفع رغبته في الأخذ بها.

(٣) من هذا الرأي: حسن كبره، وأئور سلطان مشار إليها في السهري ص/٧٠٦، هامش/١، وبعض الأحكام القضائية المشار إليها في نفس الموضوع. وقال به الأستاذ السهري نفسه ص/٧٠٢ بند/٢٢٥،

(٤) من هذا الرأي: محمد علي عرفة بند/٣١٣.

(٥) من هذا الرأي: محمد كامل مرسي بند/٤٨٣، شفيق شحاته بند/٢٧٦، اسماعيل غانم ص/٩٦، الصده ص/٤٨١ بند/٢٩١، منصور مصطفى منصور بند/١٥٢، البدرابي ص/٤١٠ بند/٣١٥، عبد الفتاح

عبد الباقي بند/٢٢٦، محمد ليبب شنب ص/١١٨، ١١٩ بند/١١٥.

(٦) أنظر الأحكام العديدة المشار إليها في محمود جمال الدين زكي بند/٢٦٧ هامش/١١.

إلى الشفيع، من وقت هذا الحكم، بحيث يظل المشتري - إذا كان الأمر يتعلق بعقار - هو المالك للعقار المشفوع فيه لغاية تاريخ تسجيل الحكم النهائي ببيوت الشفعة.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة الاستئناف الوطنية (المصرية) (بدواثرها المجتمعة) ^(١) كما استقرت عليه محكمة النقض منذ حكمها الشهير في ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ ^(٢) الصادر في ظل قانون الشفعة المصري القديم. وأسنده على سند من القول بأن الشارع إذ جعل الحكم ببيوت الشفعة سنداً للملكية الشفيع فإنما أراد به «السبب القانوني المشيء لحق الملكية لا دليل للملكية أو حجيتها» ^(٣) بما يترتب عليه من أن المشفوع فيه لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم، أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشأ للحقوق لا ينسحب على الماضي ^(٤). ولم تعبأ المحكمة بالقاعدة العامة التي تقضى بأن الأحكام تكون مقررّة للحقوق لا منشئة لها، لأن «الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع» ^(٥).

ولم يكن لإلزام الشفيع - في التقنين المدني المصري الحالي - بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي تمّ به البيع قبل رفع دعوى الشفعة (كما هو الحال أيضاً في القانون الكويتي) من أثر على رأى محكمة النقض، فظلت على قضائها السابق. ولم تر في هذا الإلزام الجديد ما ينمّ عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة، وإنما كان ذلك تمثيلاً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة وضماناً لجديّة طلبها ^{(٦) (٧)}.

حق الشفيع في تسلّم المبيع (مشكلة إدخال المشتري زيادة على المشفوع فيه) :

١٩٨ - وللشفيع - متى تمّ له الأخذ بالشفعة - أن يتسلم الحصة المبيعة، إما من المشتري إن كان هذا قد تسلمها من البائع، أو من البائع. وفي عبارة مساوية يمكن أن نقول أن أياً من هذين الأخيرين يكون ملتزماً بتسليم الحصة المبيعة إلى الشفيع متى تم لهذا الأخير الأخذ بالشفعة.

ونظراً لأن المبيع - محل الالتزام بالتسليم أو الحق في التسليم - يتمثل في حصة شائعة،

(١) في ٢٩/٣/١٩٢٣ (الحامدة السنة/٣/ رقم/٢٠٠/ ص/٢٦٦).

(٢) (٥) مجموعة عمر جـ/٥ رقم/١٠٣/ ص/٢٢٠، وفي نفس المصنّف: نقض ١٩٥١/٢/١٥ (خلف ١٩٨٩ - ٣٨٥).

(٣) نقض ١٩٥٧/١١/١٤ (خلف ٩٩٠ - ٣٨٦).

(٤) نقض ١٩٥٩/٥/١٤ (خلف ٩٩٣ - ٣٨٧).

(٥) راجع في الرد على أسانيد محكمة النقض هذه، السهوري ص/٧١٨ - ٧٢٧ بند/٢٢٩.

فإن التسليم أو التسلم لن يأخذ، عملاً، مظهرًا مستقلاً بحيث يكون له كيان ذاتي متميز، لأن أيًا من المشتري أو البائع لم تكن له أصلاً يد مستقلة على المبيع، وإنما سيتمثل تقريباً في مجرد تغيير في نطاق المركز القانوني السابق للشفيع في علاقته بشركائه في الشبوع بأن يتسع هذا النطاق بحيث يشمل، إلى جانب ما كان للشفيع قبل الشفعة من حصة في المال الشائع، نسبة الحصة التي كسبها بالشفعة.

١٩٩ - وينقل المشرع الكويتي^(١)، عن القانون المدني المصري (م/٩٤٦)، نصاً يواجه به فرض ما لو كان المشتري - قبل أن يسترد منه المبيع بالشفعة - قد أدخل عليه بعض الزيادات من بناء أو غراس أو نحوه، وهو ما يفترض في الغالب أن يكون المشفوع فيه عقاراً (أرضاً)، فنص في المادة ٩٠١ على أنه: «١ - إذا زاد المشتري في المشفوع فيه شيئاً، من بناء أو غراس أو نحوه، قبل أن يعلنه الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري، أن يدفع ما أنفقه أو مازاد في قيمة المشفوع فيه بسبب ما أحدثه. ٢ - فإذا كان المشتري قد أحدث الزيادة بعد أن أعلنه الشفيع بالرغبة، كان للشفيع إما أن يطلب الإزالة، أو يستبقى الزيادة مقابل دفع ما أنفقه المشتري أو مازاد في قيمة المشفوع فيه بسببها».

وواضح - قبل أن نعقب على هذا النص - أن المشرع قد نظم، حقوق المشتري - في الحالة التي يعتبر فيها في حكم شيء النية لكونه بنى أو غرس في المشفوع فيه بعد أن أعلنه الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة - تنظيمًا يبدو فيه أنه كان أكثر تعاطفاً معه، منه مع من أقام منشآت في أرض الغير بسوء نية، وفق ما سبق أن عرضنا له عند دراستنا لأحكام الالتصاق^{(٢)(٣)}. وقيل في تبرير نفس المعاملة التفضيلية في القانون المصري، أن المشتري عندما يبني أو يغرس في العقار المشفوع فيه، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد إعلانها، إنما يبني أو يغرس في عقار اشتراه، فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف في هذا العقار تصرف المالك^(٤).

(١) مع اختلاف طفيف.

(٢) فهناك، لا يكون مالك الأرض ملزماً - إذا لم يطلب إزالة المستحدثات أو طلب استيفاءها - سوى بأن يدفع للباقي قيمة هذه المستحدثات مستحقة الإزالة أو مازاد بسببها في قيمة الأرض. فيما أن الشفيع هنا، سيكون ملزماً - عندما يستبقى الزيادة - بأن يدفع ما أنفقه المشتري، أو مازاد في قيمة المشفوع فيه بسببها. وما دفعه المشتري من النفقات في إقامة البناء سيكون بالتأكيد أكبر بكثير من قيمة الباني مستحقة الإزالة، أي قيمتها ناقصاً.

(٣) انظر سابقاً البند من ٧٨ - ٨٧.

(٤) السهوي ص/٧٦٥ بند/٢٤٣.

٢٠٠ - وهذا التبرير يجبرنا إلى التساؤل عما إذا كان المشرع الكويتي قد أصاب عندما نقل عن القانون المصري حكم المادة/٩٠١ سאלفة الذكر؟.

إن النص المقابل في القانون المصري مفهوم فيه، حيث هو يلائم حالة الأخذ بالشفعة بسبب الجوار. بل لعل هذه الحالة هي التي كانت في ذهن المشرع المصري عندما وضع هذا النص. إذ من المتصور جدا أن يبنى مشتري عقار، فيه، قبل أن يسترده منه بالشفعة جار من باعه له. ويكون من المبرر، والفرض أنه بنى في عقار اشتراه، أن يعامل هذه المعاملة التفضيلية، لأنه إذ ذاك كان يتصرف في هذا العقار تصرف المالك.

أما في القانون الكويتي فالفرض أن البائع باع حصة شائعة إذ لا شفعة فيه إلا للشركاء في الشيوع. وإذا تملك المشتري فهو يملك أيضا على الشيوع، فلا يكون له - أصلا - أن يبنى على أرض المشتاعين جميعا ولا حتى على ما يوازي الحصة التي اشتراها من هذه الأرض بدون موافقتهم^(١) وليس فقط لا يتأهل المعاملة التفضيلية التي عامله المشرع بها.

وهكذا نجد أنفسنا أمام لغز من الألغاز التي أحيانا ما يصادفها المدقق في دراسة التشريعات الكويتية^(٢). إذ كيف ينظم المشرع المسألة التي طرحها بنص المادة/٩٠١ وكان الأمر فيها يتعلق بحقوق والتزامات بين طرفين فقط هما المشتري والشفيع، حين أن الواقع أن الأمر يتعلق بشركاء آخرين في الشيوع تمّ البناء على مالهم الشائع جميعا دون موافقتهم، فتعارض على هذا النحو الحماية التي قررها للمشتري بالمادة/٩٠١ وما تستتبعه من حقوق للشفيع على البناء، مع الحماية التي يقرها للشركاء المشتاعين، بالمادة/٨٢٤ المنظمة لأعمال الإدارة غير المعتادة التي تباشر على المال الشائع^(٣). وكيف مستوى العلاقة بين الشفيع وباقي المشتاعين (بعد إذ تكون سويت بينه والمشتري) في شأن ذلك البناء الذي هيأت له الشفعة، مدعمة بنص المادة/٩٠١، فرصة تملكه، على

(١) حتى ولو كانت الحصة التي اشتراها تصل إلى ثلاثة أرباع المال الشائع، إذ تقضى المادة/٨٢٨ بأنه وفي الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف، لا تتوفر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال.

وقارن - مع ذلك - إبراهيم الدسوقي ص/١٦٥ بند/١٥٢، حيث يفهم منه - ضمنا - أنه لن تكون هناك مشكلة في تطبيق نص المادة/٩٠١، وستكون أحكام إدارة المال الشائع قد روعيت، مادام أن الحصة المشتراه تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع.

(٢) انظر محمد شكري سرور: تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية، البحث سابق الإشارة إليه.

(٣) انظر لاحقا البند من ٤٣٢ - ٤٣٥.

أرض شائعة لا يملك سوى حصة فيها، بالافتئات على حقوق باقي المشتاعين؟. ولا يصح الظن بإمكان إخضاع هذه العلاقة لأحكام النصوص المتعلقة بإدارة المال الشائع، لأن هذه تواجه علاقة الشريك بشركائه في شأن عمل من أعمال الإدارة أناه، حين أن الفرض هنا أن الشفعيع ليس هو الذي أقام البناء^(١). لذلك، فقد لا نبالغ إذا قلنا، بأن هذا اللغز لن تحله إلا المصادفة وحدها، بأن يشفع في الحصة المبعة كل المشتاعين لا أحدهم فقط، فيصيرون شركاء على الشيوع في الأرض وما أقيم عليها من بناء ويعوضون المشتري عما بناه، وفقا للمادة/ ٩٠١، كل نسبة نصيبه في هذا التعويض محسوبا بنسبة نصيبه في المال الشائع.

التزام الشفعيع بدفع الثمن (وعدم أحقيته في الإفادة من الأجل):

٢٠١ - يكسب الشفعيع ملكية الحصة المبعة بالشفعة، بشمها الحقيقي الذي بيعت به، على نحو ما قدمناه^(٢).

فإذا كان قد تم له الأخذ بالشفعة رضاء، التزم بأن يدفع هذا الثمن للمشتري إن كان هذا سده للبائع، وإلا فللبائع. أما إن كان قد تم الأخذ بالشفعة قضاء، فإن ايداع الثمن الحقيقي الذي تم به البيع خزانة إدارة التنفيذ قبل رفع دعوى الشفعة يكون شرطا لازما لصحة رفعها أصلا. وبعد الحكم للشفيع، يسترد هذا المبلغ من خزانة إدارة التنفيذ، إما المشتري^(٣) أو البائع^(٤) على حسب الأحوال.

٢٠٢ - وفي كل الأحوال، فإنه لا يحق للشفيع «الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع» (م/ ٩٠٠-٢)، وهو حكم معقول، يوجهه أن البائع

(١) وهكذا كان نص المادة/ ٩٠١ سببا في وقوع بعض شارحيه في التناقض، ولم العذر، قارن مثلا في ابراهيم الدسوقي بين ص/ ١٦٥ بند/ ١٥٢، ص/ ٥١ بند/ ٤٦ فقد نوه في - الأولى - إلى ضرورة أن يراعي، عند تطبيق أحكام المادة/ ٩٠١، الفواعد الخاصة بإدارة المال الشائع وإلا امتنع تطبيق، أحكام هذه المادة ووطبت بدلا منها الفواعد التي تنظم إقامة منشآت أو إدخال تحسينات على ملك الغير، أي أحكام الالتصاق. مع أنه يقول - في الثانية - أن الأحكام العامة للاتصاق تستبعد إذا كان الشرع وضع أحكاما خاصة بالمنشآت التي تقام في أرض الغير، ومثل لذلك بحالة إقامة المشتري منشآت في العين المشعوع فيها.

(٢) راجع سابقا البنود من ١٧٧ - ١٧٩.

(٣) إن كان سدد للبائع.

(٤) إن كان المشتري لم يسدده له بعد.

ربما ما كان قد قبل تأجيل سداد الثمن إلا لاعتبارات تخص المشتري ، وما كان ليقبل التأجيل لغيره .

حق الشفع في ثمار المبيع :

٢٠٣ - وبديهي أن يكون للشفيع الحق في ثمار الحصة المبعة ، من الوقت الذي تنتقل فيه ملكيتها إليه .

وقد سبق أن عرفنا أن الرأي الذي ساد في الفقه وفي القضاء ، هو الذي يذهب إلى أن حلول الشفع محل المشتري ومن ثم انتقال الملكية إليه يكون من وقت التراخي على الشفعة أو الحكم النهائي بثبوتها^(١) . ومقتضى ذلك أن يكون له الحق في ما ينتجه المبيع من ثمار ابتداء من هذا الوقت^(٢) . وهذا ما كانت تحري عليه محكمة النقض المصرية في ظل قانون الشفعة المصري القديم^(٣) . وكانت تبرره آنذاك ، فضلا عن أسانيدھا في تحديد وقت حلول الشفع محل المشتري ومن ثم وقت انتقال الملكية إليه - بأن القانون لا يلزم الشفع بإيداع الثمن عند طلب الشفعة . وقد جاء في أحد أحكامها صراحة أنه لا حق للشفيع في الثمار إلا من وقت صدور الحكم «ولا يغير من هذا النظر، أن يكون الشفع قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا، وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه ، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالثمن بمجرد طلب الشفعة ، ولا كان ملزما قانونا بعرضه ولا بإيداعه . فإذا كان قد ألزم نفسه بها لم يلزمه به القانون فهو وشأنه ، على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه»^(٤) .

٢٠٤ - غير أن بعض الشراح من أنصار الرأي السائد في تحديد وقت انتقال الملكية للشفيع يرون أنه لا تعارض بين القول بأن الملكية تثبت للشفيع منذ صدور الحكم النهائي بثبوتها وبين جعل حقه في الثمار يرجع إلى وقت إيداع الثمن ، طالما أن الشفع أصبح يلتزم بهذا الإيداع قانونا ، إذ من غير المستساغ أن يحرم بهذا الشكل من استعمال

(١) انظر سابقا بند/١٩٧ .

(٢) مع مراعاة قواعد التسجيل إن كان الأمر يتعلق بمعار .

(٣) أما عند انصار الرأي الذي لم يسد ، فإن الحق في الثمار يكون للشفيع إما من يوم صدور البيع عند بعضهم ، أو من يوم إعلان الرغبة في الشفعة عند البعض الآخر ، أو من يوم رفع دعوى الشفعة عند البعض الثالث ، على ما يرونه في تحديد وقت انتقال الملكية للشفيع . انظر سابقا بند/١٩٦ .

(٤) أسطر نقض ١٩٤٦/١٠/٣١ (خلف ٩٨٨ - ٣٨٤) ، نقض ١٩٥١/٢/١٥ (٩٨٩ - ٣٨٥) ، نقض ١٩٥٩/٤/٢ (خلف ٩٩٢ - ٣٨٧) .

(٥) نقض ١٩٥١/٢/١٥ (مجموعة أحكام النقض السنة/٢ رقم ٦٧ ص/٣٥١) .

الشن، ليعر في نفس الوقت من ثمار المبيع^(١).

٢٠٥ - وكان من المتوقع أن تأخذ محكمة النقض المصرية بهذا الرأي الأخير في ظل القانون الجديد، فهو الحل الذي يمكن أن يستخلص بمفهوم المخالفة من التبرير الذي كانت تقدمه لقضائها الصادر في ظل قانون الشفعة القديم. ولكنها - على العكس - أصرت على الربط بين وقت انتقال الملكية ووقت تملك الثار، رغم أن القانون الجديد يلزم الشفع بإيداع الشن، مقررة في هذا الشان، أن إلزام الشفع بالإيداع، لا يغير من قاعدة أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت صدور الحكم النهائي المثبت للشفعة^(٢).

الرجوع بالضمان^(٣):

٢٠٦ - لما كان مقتضى الأخذ بالشفعة، حلول الشفع محل المشتري في علاقته بالبائع، فإن هذا الأخير هو الذي يلتزم في مواجهة الشفع بضمان التعرض والاستحقاق. وفي هذا المعنى تقضى المادة/ ٩٠٠-٣ بأنه «وإذا استحق المبيع للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفع أن يرجع إلا على البائع^(٤)».

٢٠٧ - إنما لا يكون من الدقة أن نعمم - كما فعل البعض^(٥) - ونقول أن ضمان البائع في مواجهة الشفع يشمل - إلى جانب التعرض والاستحقاق - ضمان العيوب الخفية أيضا. فقياس التعرض والاستحقاق على العيوب الخفية يكون - في خصوص بيع حصة شائعة - قياسا مع الفارق. إذ من المتصور أن تكون ملكية البائع للحصة الشائعة محل نزاع (لا شأن بالفرض لباقي الشركاء، وبخاصة الشفع، فيه). فإذا باعها وأخذها الشفع بالشفعة فقد ينتهي النزاع باستحقاقها للغير. عندئذ يكون مفهوما أن يرجع الشفع بضمان استحقاقها للغير على البائع، أما أن يرجع الشفع على البائع - شريكه السابق في الشيوع في ذات المال - بمقولة عيب في هذا الأخير خفي لم يستطع

(١) من هذا الرأي: اساميل غانم ص/ ٩٩، الصده ص/ ٤٨٤، ٤٨٥، بند/ ٢٩٣ منصور مصطفى منصور بند/ ١٥٤.

(٢) أنظر: نقض ١٤/١١/١٩٥٧ (خلف ٩٩٠-٣٨٦)، نقض ١٤/٥/١٩٥٩ (خلف ٩٩٤-٣٨٨)، نقض ٩/٤/١٩٦٤ (خلف ٩٩٥-٣٨٨).

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع السبوري الصفحات من ٧٤٥-٧٥٣ البند/ ٢٣٦، ٢٣٧.

(٤) ويقابلها في القانون المصري مادة/ ٣-٩٤٥.

(٥) أنظر ابراهيم الدسوقي ص/ ١٥٩ بند/ ١٤٣.

أن يكتشفه عند الأخذ بالشفعة، فيصعب تصوره. وربما كان هذا هو مغزي عدم إلحاق
المشرع لضمان العيوب الخفية بضمان الاستحقاق في نص المادة/ ٣-٩٠٠ سالفه
الذكر^(١).

(١) ولا يصح الرد على ذلك بأن المشرع لم يجسد داعيا لهذا الإلحاق من حيث أن التزام البائع في مواجهة الشميع
بضمان العيوب الخفية هو حكم غلبه القواعد العامة، لا يصح ذلك لأن حكم المادة/ ٣-٩٠٠ في خصوص
ضمان الاستحقاق هو أيضا محض تطبيق للقواعد العامة.

الفصل الرابع

الحيازة

Possession

تمهيد:

في التعريف بالحيازة ومبررات حمايتها لذاتها:

٢٠٨ - الحيازة - كما عرّفها المشرع في المادة/٩٠٥ - هي «سيطرة شخص، بنفسه أو بواسطة غيره، على شيء مادي، ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق»^(١).

٢٠٩ - ويغلب، في الواقع، أن يكون الحائز هو نفسه صاحب الحق على الشيء الذي يحوزه. من هنا اعتبر المشرع الحيازة في ذاتها قرينة على الملكية أو الحق العيني الآخر إلى أن يقوم الدليل على ما يخالف ذلك^(٢). فنصت المادة/٩٢٣ على أن: «من حاز شيئا ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس». وعليه، يكفي الحائز أن يستند إلى هذا المظهر الواقعي^(٣)، ليكون على من يدعي ملكية الشيء أو الحق العيني الذي في حوزة الحائز، أن يرفع هو دعوى الحق، فيقف فيها الحائز موقف المدعي عليه. وهو أمر لا تخفي أهميته بالنسبة للحائز، خاصة إذا كان يعوزه غير الحيازة دليل على حقه فيما يحوز. فهو - كمدعي عليه - لن يكون مطالبا بتقديم مثل هذا الدليل، وإنما يكفيه أن يستند إلى مجرد حيازته للشيء محل هذا الحق، فنفسدو الحيازة على هذا النحو وسيلة سهلة ومختصرة لحماية الحق ذاته. والمدعي هو الذي يتحمل عبء المناضلة في إثبات ما يدعيه هو من حق على هذا الشيء، وقد لا يكون ذلك بالسهل أبدا.

(١) ولا مقابل لهذا النص في القانون المصري، حيث ترك المشرع تعريف الحيازة للفقهاء.

(٢) فالحيازة: مجرد قرينة قانونية على الملك يجوز نقضها ١٩٥٦/٢/٢ (خلف ١٤٤ - ٦٦).

(٣) وفي هذا المعنى جاء في حكم محكمة التمييز أن «الحيازة... قرينة شرعية وقانونية على أن الحائز هو المالك للمعار الذي يحوزه» في ١٩٨٥/٥/٨ طعن ١٩٨٤/١٧٣ (مجلة القضاء والقانون السنة ١٣/ع/٢) رقم/١٠٧.

٢١٠ - بل إن المشرع - حين تكون الحيازة واردة على عقار - وضع تحت يد الحائز من الدعاوي ما يمكنه من حماية حيازته لذاتها ولو لم تكن مستندة إلى حق^(١) كدعوى منع التعرض^(٢) ودعوى وقف الأعمال الجديدة^(٣) ودعوى استرداد الحيازة^(٤).

٢١١ - وقد يبدو غريباً - لأول وهلة - أن يحمي المشرع الحيازة لذاتها ولو لم تستند إلى حق، بما يغدو وكأن المشرع يقر الغصب. لكن هذه الغرابة سرعان ما تزول إذا عرفنا أنه في الأعم الأغلب يكون الحائز هو صاحب الحق بالفعل، ومن ثم فإن حماية الحيازة تعتبر حماية للحق بطريق غير مباشر. ولا يكفي للتقليل من شأن هذا الاعتبار أن يقال أن للحق دعوى تحميه، إذ من المعروف أن إثبات الملكية كثيراً ما ينطوي على صعوبات جمة^(٥).

كما لا يصبح أن ننسى أن الحيازة الممتدة تخلق مظهراً يبدو فيه الحائز دائماً أمام الناس وكأنه صاحب الحق على ما يجوز، الأمر الذي يقتضي حماية هذه الأوضاع الظاهرة التي استقرت، حفظاً للأمن والنظام في المجتمع^(٦). وهي، على كل حال، يمكن أن يتكشف في النهاية أنها كانت مجرد حماية وقتية، ذلك أنه إذا ما نجح المالك الحقيقي في إثبات حقه، تعين عندئذ على الحائز أن يرد الشيء إلى صاحبه.

(١) ويرجع مبرر قصر الحماية - بهذه الدعاوي - على حيازة العقارات وعدم امتدادها لحيازة المنقول، إلى أن هذا الأخير وليس له كالعقار مستقر ثابت يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية في شأنه. فيد الحائز للمنقول تختلط بيد المالك، ومن ثم اختلطت الحيازة في المنقول بالملكية، وجمت دعوى الملكية حيازة المنقول وملكيته معاً، إذ أصبحت الحيازة في المنقول إذا اقترنت بحسن النية هي نفسها سند الملكية السبوري ص/ ٩٠٥، ٩٠٤/ بند/ ٣١٤.

(٢) يوقف بها كل ادعاء، أو فعل يتضمن ادعاء، معارض لحيازته، المنظمة بالمادة/ ٩٢٧ مدني.

(٣) ورفض تطبيقاً لذلك بأن والقانون يحمي وضع اليد (الحيازة) من كل تعرض له، يستوي في ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضاً من التعرض، أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضح اليد خصصاً فيه، إذ الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها، ولا فرق في هذا بين حكم مرسى المزاد وغيره من أحكام. نقض ١٩٤٦/١/١٧ (خلف ١٠٣٣ - ٤٠٤).

(٤) يوقف بها الأفعال التي لو تمت لشكلت تعرضاً له في حيازته، المنظمة بالمادة/ ٩٢٨ مدني.

(٥) يسترد بها حيازته إن كان قددها عنوة أو خلسة، المنظمة بالمواد من ٩٢٤ - ٩٢٦ مدني.

(٦) ودراسة هذه الدعاوي تدخل تقليدياً ضمن إطار دراسة الطالب في مقرر قانون المرافعات.

(٧) الصدد ص/ ٤٩٩/ بند/ ٣١٠.

(٨) أو كما عبرت محكمة التمييز في الكويت: «قطعا لدابر الخلاف في شأن الحقوق التي استقرت أوضاعها ببعض فترة طويلة من الزمان»

أنظر: تمييز ١٩٨٤/٤/٢٥ طعن رقم/ ٨٣/١٤٢ (مجلة القضاء والقانون السنة ١٢ (٢/ع) رقم/ ١٦ ص/ ٧٧).

إلى هذا فإن من شأن اعتبار الحياة التي استمرت مدة طويلة^(١) دليلا على الحق بخول الحائز الحصول على حكم له به، أن يكفل استقرار التعامل، وذلك حتى لا يظل الغير الذي يتعامل مع الحائز معتقدا أنه مالك، مهددا باستحقاق الشيء للمالك الحقيقي^(٢).

٢١٢ - وعلى الرغم من أن الحياة لا تعدو في ذاتها أن تكون مجرد حالة واقعية، إلا أن لها في الأنظمة القانونية المعاصرة آثارها البالغة الأهمية. ففضلا عما سبق من أن المشرع الكويتي يعتبرها قرينة على الملكية، فإنه يخول كذلك الحائز حسن النية لشيء لا يملكه، الحق في ثمار هذا الشيء متى كان قد قبضها وهو حسن النية^(٣). أما أهم الآثار التي تترتب على الحياة، فهي صلاحيتها - بذاتها - لأن تكون سببا لكسب الملكية في المنقولات، متى كان الحائز حسن النية ويستند في الحياة إلى سبب صحيح^(٤). كما أنها إذا استمرت لمدة خمس عشرة سنة (فيما يعرف اصطلاحا بالتقدم) اعتبرت دليلا قاطعا على حق الحائز فيها بحوزه لا يمكن نقضه، ويحكم له بهذا الحق بناء على ذلك ولو لم يبين سبب كسبه^(٥) ولعل أهمية الأثرين الأخيرين هي التي تقف وراء معالجة المشرع للحياة، كنظرية عامة، في الفصل المخصص لأسباب كسب الملكية.

تقسيم:

ونحن، وفقا للترتيب الذي اتبعه المشرع، سوف نعالج الحياة في أربعة مباحث: نجعل الأول لكسب الحياة، والثاني لانتقال الحياة، والثالث لزوال الحياة، والرابع لما يترتب على الحياة من آثار.

(١) خمس عشرة سنة كما سنرى.

(٢) لمزيد من التفاصيل في أساس حماية الحياة في ذاتها: رينو ص/ ١٤ وما بعدها بند/ ١٤، شاباس الصفحات من ١٧١ - ١٧٣ البند ١٤١٢ - ١٤١٤، أتيس (كريتيان) ص/ ١٨٥ بند/ ١٥٧، السوروي ص/ ٧٩٠ بند/ ٢٥٥.

(٣) أنظر لاحقا بند/ ٢٧٤ وما بعده.

(٤) أنظر لاحقا بند/ ٢٨٧ وما بعده.

(٥) أنظر لاحقا بند/ ٣٠٦ وما بعده.

المبحث الأول

كسب الحياة

تكسب الحياة باجتماع أركانها (أو عناصرها) لدى الحائز. ويتعلق بهذه الأركان بعض المسائل التي تؤثر في ترتيب الحياة لأثارها. ونعالج كلا من هذين الموضوعين في مطلب مستقل.

تقسيم:

نوزع الدراسة في هذا البحث على مطلبين، على النحو التالي:

المطلب الأول

أركان الحياة (أو عناصرها)^(١)

الحياة القانونية والحياة المرضية، تقسيم:

٢١٣ - تقوم الحياة على عنصرين (أو ركنين) أحدهما مادي والآخر معنوي. واجتماعهما يجعل من الحياة حياة قانونية، أو كما يفضل البعض تسميتها، حياة حقيقية^(٢). وهذا النوع من الحياة هو الذي يرب الأثار القانونية سابق الإشارة إليها في التمهيد لهذا الفصل^(٣). وهو كذلك المعنى الذي يكون مقصودا من لفظ «حياة» إذا ما أطلق من دون تحديد.

فإذا توافر العنصر المادي للحياة دون عنصرها المعنوي، كنا بصدد مجرد حياة عرضية.

(١) راجع - على الأخص - في هذا الموضوع:

RADULESCO: La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation,

Thèse, Paris, 1923.

(٢) انظر الصده ص/ ٥٠٠، بند/ ٣١١.

(٣) راجع سابقا بند/ ٢١٢.

وتحليل عنصر حييزة، وبصفة خاصة العنصر المادي، هو الذي يحدد نطاق الحييزة أو مجالها.

ونعرض فيما يلي لكل من هذين العنصرين مخصصين لكل منها فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

العنصر المادي

Corpus

المقصود به :

٢١٤ - يقصد بالعنصر المادي في الحييزة، سيطرة الحائز (أو وضع يده) على شيء، عن طريق القيام عليه بأعمال لا يقوم بها عادة إلا مالك هذا الشيء (أو صاحب الحق العيني الآخر عليه)، سواء أقام الحائز بهذه الأعمال بنفسه أو بواسطة الغير، وسواء أكان الحائز فرداً، أم الدولة^(١) أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة، مادام أن هذه الأعمال من شأنها أن تظهر الحائز بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر^(٢).

والوضع الطبيعي للأمور أن تكون الحييزة لشخص محدد أو لعدة أشخاص محددين. ويفهم من حكم لمحكمة النقض في مصر، أن الحييزة يمكن أن تكون لأشخاص غير محددين. كحييزة العامة لأرض مملوكة لأحد الأشخاص. فقد جاء في هذا الحكم أنه «من المقرر. أن استطراد الأرض المملوكة للأفراد المدة اللازمة لكسب ملكيتها بالتقادم الطويل، يترتب عليه كسب الدولة للملكية بالتقادم»^(٣).

الأشياء التي يمكن أن ترد عليها الحييزة :

٢١٥ - لما كانت الحييزة هي السيطرة أو التسلط على شيء، سيطرة يظهر بها الحائز أمام الناس وكأنه مالك للشيء أو صاحب حق عيني عليه، فإن مؤدي ذلك أن تقتصر

(١) أنظر، من تطبيقات القضاء الكويتي: حكم تميز ١٩٨٢/٧/٧ في الطعن رقم ١٩٨٢/٢٣ (الجلد ١١) (١/ع) ٢٩٢-٨٣.

(٢) ويعرفه رينو ص ١٨/ بند ١٧ بأنه: «مجموع الأعمال المادية التي تظهر الحق العيني المحوز». L'ensemble des actes materielle manifestant ... le droit «reel possédé».

(٣) نقض ١٩٨٥/١١/٧ (خلف ١١١١ - ٤٢٦).

الحيازة على الأشياء المادية وحدها^(١) فهي التي يمكن التسلط عليها من ناحية، وهي التي يمكن أن تكون محلا للملكية أو لحق عيني من ناحية أخرى. وهذا هو الرأي السائد في الفقه.

٢١٦ - ويتفرع على أن الأشياء المادية هي وحدها التي تقبل التسلط عليها، أنه يخرج من مجال الحيازة، كل من المصنفات الفكرية^(٢) والمخترعات، بل ومجموعات الأموال، كالتركات أو المحلات التجارية، لأن أمثال هذه المجموعات وإن تكونت من عناصر مادية وعناصر معنوية معا، إلا أنها تشكل كلاً مستقلاً عن العناصر التي يتكون منها، فتعتبر بالتالي من قبيل الأشياء المعنوية، ومن ثم لا تقبل الحيازة (وإن جازت حيازة مفردات هذه المجموعات، وهي الأشياء المادية التي تدخل في تكوينها كبضائع المحل التجاري مثلا).

٢١٧ - ويتفرع على أن الحيازة مظهر لحق عيني:

أ - أنها لا ترد على الحقوق الشخصية (أو الديون)، بالرغم من أن المشرع - في بعض القوانين المقارنة، يستعمل أحيانا لفظ الحيازة في هذا المجال وإن كان لا يقصد به معناه الفني الدقيق، من ذلك نص المادة/٣٣٣ مدني مصري الذي يصحح الوفاء بحسن نية لشخص «كان الدين في حيازته»^(٣).

غير أنه يستثنى من ذلك الدين أو الحق الثابت في سند لحامله، إذ أن هذا الحق يندمج في السند نفسه كشيء مادي فتكون حيازة هذا السند حيازة للحق نفسه، وتسري عليه أحكام الحيازة وبصفة خاصة قاعدة «الحيازة في المنقول سند الحائز».

ب - أنها لا ترد على الأشياء التي لا تقبل أن تترتب عليها ملكية خاصة. فالشيء الذي لا يجوز التعامل فيه، مثلا لا تجوز حيازته.

ج - أنها لا ترد على الأموال العامة، وهي «كل شيء تملكه الدولة أو أي شخص

(١) في هذا المعنى: حكم بميز ١٩٨٥/٥/٨ في الطعن رقم ١٧٣/١٩٨٤ سابق الإشارة إليه.

(٢) أما الأشياء المادية التي تتجسم فيها هذه المصنفات، كنسخ الكتاب، فإنها - وهي تعتبر من قبيل المنقولات المادية - يجوز حيازتها. انظر نقض ١٩٦٦/٥/١٢ خلف ١٠٣١ - ٤٠٢.

(٣) أما النص المقابل في القانون الكويتي، وهو نص المادة/٤٠١ فهو أكثر دقة، إذ يصحح هذا الوفاء إذا تم بحسن نية والشخص ظاهر بمظهر الدائن».

اعتباري عام ويكون مخصصا للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون. (م/٢٣ مدني)، لأن وضع اليد على هذه الأموال يتعارض مع تخصيصها للمنفعة العامة^(١). بل إنه حتى إذا انتهى هذا التخصيص - ويكون ذلك إما بالفعل أو بمقتضى القانون (م/٢٣) - وأصبح المال مملوكا ملكية خاصة للدولة، ظلت حيازته ممتنعة^(٢) لإعمالا للمادة/٩٠٦ التي نصت بوجه عام على أنه «لا يعتد بحيازة الغير لأموال الدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة»، وإعمالا أيضا لصريح المادة/١٩ من المرسوم بقانون رقم/١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة، والتي تنص على أنه: «ولا يجوز أن ينشأ أي حق لشخص طبيعي أو معنوي على أملاك الدولة بالمخالفة لأحكام هذا القانون. ولا يترتب أي أثر قانوني على وضع اليد على تلك الأملاك سواء بقصد تملكها أو غير ذلك..»^(٣) ومن أمثلة أملاك الدولة الخاصة، القسائم الصناعية^(٤). وكما أفتت

(١) وفي هذا المعنى، جاء في حكم لتتيمز أن، في تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة وما يصحبها من التصرف فيها أو حيازتها، أنظر حكمها في ١٩٨٤/٧/٤ طعن ١٥١/١٥٢/٨٣ (تجاري) (المجلة ١٢/٢٠٥ - ٢٠٥٠). وقضى بأن الأرض المملوكة للأفراد لا تتحول لتصبح طريقا عاما إلا بعد نقل ملكيتها للدولة أولا ثم تخصيصها بعد ذلك للمنفعة العامة لتكون طريقا، تمييز ١٩٨٦/٣/٥ طعن ٨٥/١٠٦ تجاري (المجلة ١٤/١٠٦ - ٢٧/١٢٥).

(٢) دون تفرقة بين أملاك دولة خاصة واقعة خارج خط التنظيم وأخرى واقعة داخله، وذلك بعد صدور القانون رقم/٥ لسنة ١٩٧٥ أنظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى: حكم تمييز ١٩٨٤/٧/٤ سابق الإشارة إليه.

(٣) راجع في تفاصيل: أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة ونطاق وأهمية التفرقة بينهما، بحث بهذا العنوان: لمحمد أنيس شتا، منشور بمجلة إدارة الفتوى والتشريع السنة/٧ العدد/١٩٨٧ الصفحات من ٩ - ٣١.

(٤) ويجري على نفس الحكم أيضا نص المادة/٩٧٠ - ١ - مدني مصري. وقد قضى - تطبيقا لذلك بأن: «الأراضي المستولي عليها بمقتضى قانون الإصلاح الزراعي.. وهي تعتبر مملوكة للدولة من تاريخ إصدار قرار الاستيلاء النهائي عليها، فلا يجوز للأفراد تملكها بالتقادم». نقض ١٩٨٨/٥/٤ (خلف ٣٣١ - ١٤٠). وقارن مع ذلك ١٩٦٦/٤/٢١ (خلف ١٠٤٤ - ٤٠٧) وقد جاء فيه أن:

«وضع اليد على الأموال العامة - مهما طالت مدته - لا يكسب الملكية، إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، بمعنى أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب أن يثبت أولا انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل في عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها، ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية». وفي نفس المعنى أيضا: نقض ١٩٦٩/١/١٤ (خلف ١٠٦٤ - ٤١٢).

(٥) أنظر حكم محكمة الاستئناف العليا (الكويتية) (السائرة الإدارية التجارية) في الاستئناف رقم/٨٩٠/٨٩٣ (إداري) بتاريخ ١٩٨٣/١١/٢٩ منشور بمجلة إدارة الفتوى والتشريع السنة/٤ العدد/١٩٨٤ ص/٢٥٠ وأنظر أيضا تمييز ١٩٨٣/٢/٢٣ طعن ٨٢/١٤٠ تجاري (المجلة ١١/٣١٠ - ١٩٧٦).

إدارة الفتوى والتشريع، بأن «المساكر» كحظائر أعدت داخل مياه البحر لصيد الأسماك، تكون مقامة داخل أملاك الدولة^(١).

٢١٨ - فإذا ما كان الشيء مادياً، وصالحاً لأن يكون محلاً لحق عيني فإنه يستوى بعد ذلك أن يكون عقاراً أو منقولاً، مفزاً أو حصّة شائعة^(٢). كما أن الحيازة تمتد - فضلاً عن الحقوق العينية الأصلية - إلى الحقوق العينية التبعية التي تستلزم حيازه الشيء، كالرهن الحيازي. فإذا رهن - على سبيل المثال - غير مالك، منقولاً، رهناً حيازياً، أمكن للدائن المرتهن حسن النية أن يحتج بهذا الرهن على المالك الحقيقي استناداً إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

الأعمال التي يجب أن يباشرها الحائز:

٢١٩ - يجب أن يباشر الحائز على الشيء من الأعمال المادية ما يقتضيه الانتفاع به على النحو المألوف وفقاً لطبيعته، بحيث تكفي هذه الأعمال لأن تظهره في نظر الناس بمظهر مالك هذا الشيء أو صاحب الحق العيني عليه^(٣). أو بعبارة أخرى، أن يباشر من الأعمال المادية، ما يدخل في مضمون سلطات صاحب الحق العيني الذي يجوز، وذلك وفقاً لطبيعة هذا الحق^(٤). على أن تكون هذه الأعمال - من ناحية أخرى

(١) انظر: مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع من أول أكتوبر ١٩٧٨ حتى آخر سبتمبر ١٩٧٩ المجموعة الخامسة فتوى رقم ٢/٣٠٤٥ في ١٠/١٠/١٩٨٧ منشورة بمجلة الإدارة ص ١٥ رقم ٤.

(٢) وقد جاء في حكم للنقض أنه: «وليس في القانون ما يمنع الشريك في العقار الشائع من أن يكسب بالتقادم ملكية حصّة أحد شركائه المشتاعين إذا استطاع أن يجوز هذه الحصّة حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة». في ٢١/٣/١٩٦٨ (خلف ١٠٥٨ - ١١٤) وانظر أيضاً نقض ١٩/٥/١٩٧٠ (خلف ١٠٨٠ - ٤١٦) وقد جاء فيه: «ومن المقرر. أن الحصّة الشائعة يصح أن تكون محلاً لأن يجوزها حائز على وجه التخصيص والانتفراد بنية امتلاكها. ولا يجوز دون ذلك اجتياز يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدي إلى المخالطة بينها، لأن هذه المخالطة ليست عيباً في ذاتها وإنما العيب فيها ينشأ عنها من غموض أو إهمال. فإذا استطاع الشريك في العقار الشائع أن يجوز حصّة أحد شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم». وفي نفس المعنى: نقض ١٩٧٠/٦/٩ (خلف ١٠٨١ - ٤٢٧)، نقض ٢٧/٢/١٩٦٧ (خلف ١٠٤٧ - ٤٠٧) نقض ٣٠/١٢/١٩٨٧ (خلف ١١٨ - ٤٢٨).

(٣) في هذا المسنى: حكم تميز ٥/٨/١٩٨٥ سابق الاشارة اليه، تميز ٢٩/٥/١٩٨٥ طعن ٢١٨، ٨٤/٢٢١، ٨٤/٢٢١ (المجلة ١٣ (ج) - ٤٣ - ١٨٩) نقض ٢/٨/١٩٧٣ (خلف ١٠٣٢ - ٤٠٣)؛ نقض ١٨/١٢/١٩٨٠ (خلف ١١١ - ٤٢٣).

- على درجة من الأهمية والكثرة بحيث لا يبقى معها شك في أن من يقوم بها إنما هو صاحب الحق على الشيء. وتقدير توافر هذه الأمور من عدمه هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، لا سلطان عليه فيه لمحكمة التمييز متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله^(١) (٢).

ويتفرع على ذلك:

١ - أنه يجب أن تكون هذه الأعمال من قبيل الأعمال المادية، لأنها هي وحدها التي تظهر الحائز بمظهر المسيطر على الشيء، حين أن التصرفات القانونية (كالبيع مثلاً) يمكن أن يقوم بها شخص غير واضح اليد، فلا تدل بذاتها على تسلط من يقوم بها على الشيء نفسه^(٣).

٢ - أن تتسق هذه الأعمال المادية مع طبيعة الشيء^(٤) الذي ترد عليه الحياة، كحرق الأرض الزراعية أو تشجيرها على سبيل المثال، أو تسوير الأرض الفضاء أو البناء عليها. ومتى كان ذلك، فإنه لا يلزم دائماً أن يباشر الحائز هذه الأعمال بصفة مستمرة إذا كان الانتفاع بالشيء بحسب طبيعته - إننا يقع على فترات متباعدة، كالتشاليات

(١) ويؤكد قضاء محكمة التمييز على أن تحصيل وضع اليد على العقار، وتقدير القرائن والأدلة وأقوال الشهود والوقائع التي تؤدي أو لا تؤدي إلى توافره كقرينة على الملكية، هو مما تستقل به محكمة الموضوع بنظر معقب عليها، متى أقامت قضاها على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها. انظر حكمها في ١٩٨٥/٤/٣ طعن ٨٤/١٠٢/١٣ تجاري (المجلة ١٣ طع ٣ - ٣٣)، ١٩٨٥/٥/٨ سابق الإشارة إليه، تمييز ١٩٨٤/٧/٤ طعن ١٩٨٤/١٥٢/١٥١ تجاري (المجلة ١٢ طع ٢ - ٢٥ - ٢٠٩) تمييز ١٩٨٤/٢/١ طعن ٨٣/٨٤ (المجلة ١٢ طع ١ - ٢٥ - ١٠٢)، تمييز ١٩٨٤/١١/٧ طعن ٨٤/٤١ (المجلة ١٢ طع ٣ - ٦ - ٣٤)؛ تمييز ١٩٨٤/١١/٢١ طعن ٨٤/٥١ (المجلة ١٢ طع ٣ - ١٨ - ٧٦)، تمييز ١٩٨٢/١١/١٥ طعن ٨٢/١٣ (المجلة ١١ طع ٢ - ١١ - ٢٥٨)؛ تمييز ١٩٨٢/٣/٢٤ طعن ٨١/٢٢١ تجاري (المجلة ١١ طع ١ - ٢٨ - ٩٢)، تمييز ١٩٨٢/٤/٢١ طعن ٨١/٢٣٥ (المجلة ١١ طع ١ - ٣٨ - ١٣٢).

(٢) ويشترط أن يعرض الحكم ولشروط وضع اليد، فيبين بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى توافرها بحيث يبين منه أنه انحراها وبحق من وجودها والا كان حكمه مشوباً بالقصور والخطأ في تطبيق القانون. انظر نقض ١٩٦٩/٦/١٠ (خلف ١٠٧٠ - ٤١٤).

(٣) في هذا المعنى رينو (في مارتى ودين) ص/١٨ بند ١٧.
RODIERE: Ency. D. 2 éd V. : Posseson No. 15. Civ. 14/11/1910 D-1912-1-483; Civ. 13/12/1948, G-p 1949-1-107.

وفي الفقه المصري: الصلح ص/١٣ - ٥١٤ - بند ٣١٥، وفي القضاء: نقض ١٩٥٧/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٩/ رقم ٢٨/ ص/٢٢٥.
(٤) في هذا المعنى: نقض ١٩٧٨/١١/١٦ (خلف ١٠٩٦ - ٤٢١).

المعدة للاستعطاف^(١). إنها الأصل هو وجوب استعمال الشيء «على فترات متقاربة، ويقدر الحاجة إلى استعماله»^(٢) «دون فترات غير عادية تعتبر فواصل فيه»^(٣) وهي أمور تقدر وفقاً لطبيعة الشيء المحوز والظروف التي تحيط به كطرق استعماله أو استغلاله. وقيل في تبرير ذلك أن الحياة «التي لا تباشر بصفة منتظمة لا تقترب من الحق على نحو يجعلها جديرة بحماية القانون»^(٤).

٣ - أن تقع هذه الأعمال على النحو الذي يباشرها به مالك الشيء أو صاحب الحق العيني الذي ترد عليه الحياة. ولما كان حق الملكية أو الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو رهن الحياة تقتضي جميعها أن يكون الشيء تحت يد صاحب أي من هذه الحقوق، فإن حيازتها تستلزم بدورها أن يكون الشيء تحت يد الحائز أو تحت يد من يجوز لحسابه. أما الحقوق العينية الأخرى التي لا يقتضي الانتفاع بها أن يسيطر صاحبها على الشيء الذي ترد عليه، فإن حيازتها لا تستلزم كذلك هذه السيطرة. فحق الارتفاق - على سبيل المثال - وهو لا يعدو أن يكون عبثاً مقررًا على عقار لمصلحة عقار آخر، لا يكون من شأنه أن يؤدي إلى وضع اليد على العقار المرتفق به، وإنما يقتصر صاحب الحق فيه على الاستفادة مادياً من العقار المرتفق به عن طريق بعض أعمال الاستعمال التي يقوم بها على هذا العقار.

يشترط أن تتضمن هذه الأعمال معنى التعدي (عدم قيام الحياة على عمل من المباحات):

٢٢٠ - ويلزم في الأعمال المادية التي يمكن أن تقوم بها حياة، أن تكون مما تتضمن معنى التعدي على حق للغير. لذلك تقتضي المادة/٩٠٧ بأنه: «لا تقوم الحياة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات...».

(١) أنظر نقض ١٩٧٣/٢/٨ (خلف ١٠٣٢ - ٤٠٣) وفيه قضت بأنه «لا يجب على الحائز أن يستعمل الشيء في كل الأوقات، دون انقطاع، وإنما يكفي أن يستعمله كما يستعمله المالك في العادة...».

(٢) نقض ١٩٨٧/١١/١٦ (خلف ١٠٩٦ - ٤٢١) نقض ١٩٧٣/٢/٨ السابق.

(٣) محمود جمال الدين زكي ص/٥٢٥ بند/٢٨٩، وفي نفس المعنى: الصده ص/٥١٤ بند/٣١٥ (حيث يستلزم أن يكون هذا الاستعمال «من الكثرة والأهمية بحيث يكفي لظهور الحائز بمظهر صاحب الحق موضوع الحياة»).

(٤) أنظر: محمود جمال الدين زكي بند/٢٨٩.

ويقصد بالعمل الذي يأتيه الشخص على أنه من المباحات^(١)، العمل الذي يأتيه الشخص في حدود حق مقرر له^(٢)، كأن يبنى جدارا على حافة ملكه ويفتح فيه فتحة تطل على ملك جاره مما يبيحه القانون. فمهما طال الزمن على هذا الوضع لن يكون من شأن هذا العمل أن يجعل لهذا الشخص حق ارتفاق بالمطل على عقار جاره «لأن حيازة الارتفاق على ملك الجار لابد أن تتضمن تعديا على هذا الملك، والعمل المباح لا يتضمن أي تعد»^(٣).

إمكان مباشرة السيطرة، قوام العنصر المادي للحيازة، بواسطة الغير:

٢٢١ - ولما كان صاحب الحق قد يباشر الأعمال التي تدخل في مضمون حقه بواسطة شخص آخر يعمل باسمه ولحسابه، فإنه يصح كذلك أن تكون الحيازة بواسطة. وقد حرص المشرع على أن يضمن هذا المعنى تعريف الحيازة في المادة/ ٩٠٥ سائلة الذكر حين قضى بأنها «سيطرة شخص، بنفسه أو بواسطة غيره». وأعاد تأكيده بالمادة/ ٩٠٨ التي تقض بأنه: «تكون الحيازة بواسطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء بإسم الحائز». في هذه الحالة، يكون الحائز هو من تباشر السيطرة باسمه، أما الوسيط فليس حائزا بالمعنى القانوني للحيازة، ويطلق عليه الحائز العرضي، فلا تكون له إلا الحيازة المادية، ومثاله، المستأجر.

وحسنا فعل المشرع أن لم يسلك مسلك المشرع المصري فلم يضمن نص المادة/ ٩٠٨ ما قد يفهم منه أن الحيازة بواسطة تقتصر على حالة الوسيط التابع (وهو غير صحيح) فيشترط - كما اشترط - أن يكون الوسيط متصلا بالحائز واتصالا يلزمه الانتثار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة^(٤) (م/ ٩٥١- مدني مصري). وعلى أية حال، فإن الفقه والقضاء المصريان - رغم هذا القيد الوارد بالنص - بأن الوسيط الذي يحوز لحساب الحائز يمكن ألا يكون ممن يصدق عليهم وصف التابع، كالمستأجر مثلا^(٥) أو الحارس القضائي^(٦).

٢٢٢ - والحيازة بواسطة لا تفترض. فإذا وجدت السيطرة المادية عند شخص،

(١) Acte de pure faculté.

(٢) راجع: في هذا النوع من الأعمال: شايبس ص/ ١٨٩، ١٩٠ بند/ ١٤٤١، رينوس/ ٢٦ بند/ ٢٨.

(٣) انظر للذكر الإيضاحية للقانون المدني تعليقا على المادة/ ٩٠٧.

(٤) انظر مثلا: نقض ١٩٤٣/٢/٢٥ (خلف ١٠٣٦ - ٤٠٥).

(٥) انظر مثلا: نقض ١٩٧٨/٥/٤ (خلف ١٠٩٥ - ٤٢٠).

افتراض أنه يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره. وعلى من يدّعي أن هذه السيطرة تباشر لحسابه وبالنيابة عنه أن يثبت ما يدعيه. اللهم إلا إذا كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق، إذ يفترض في هذه الحالة «أنها لحساب من انتقلت منه» (٩١٣/م).

إثبات العنصر المادي:

٢٢٣ - ويقع على من يدعي حيازة شيء - قصد الإفادة مما يرتبه القانون على الحيازة من أثر - عبء إثبات قيامه بمباشرة الأعمال المادية قوامها. فالحيازة لا تفترض. وهو يستطيع أن ينهض بهذا العبء بجميع الطرق^(١) بما فيها البينة والقرائن، بحسبان الأمر يتعلق بواقعة مادية^(٢) ولقاضي الموضوع، من بعد، سلطة التقدير في هذا الشأن^(٣). وقضى - تبعاً لذلك - بأنه يكفي للقول بأن الحائز كانت له سيطرة فعلية على قطعة الأرض الفضاء أن يكون أقام أعمدة خرسانية لتحديددها، فيما لا يكفي مجرد ترسيمها^(٤). كما قضت محكمة التمييز بأنه «لا تثريب على محكمة الموضوع أن تتخذ مما يرد بالخرائط المساحية أو بوثائق المجاورين لأرض النزاع قرينة على الحيازة إلى جانب الأدلة التي أوردتها، لأن هذه المحررات وإن كان لا حجية لها في بيان الملكية إلا أنه من الجائز أن تكون قرينة على الواقع المادي»^(٥).

(١) أنظر تمّيز ١٩٨٥/٥/٨ طعن ٨٤/١٧٣ (المجلة ١٣ (٢ع) - ٢٤ - ١٠٧)، تمّيز ١٩٨٥/٥/٢٩ (المجلة ١١ (٢ع) - ٢١٨، ٨٤/٢٢١ تجاري (المجلة ١٣ (٢ع) - ٤٣ - ١٨٩)، تمّيز ١٩٨٤/٥/٩ طعن ٨٣/١١٤ تجاري (المجلة ١٢ (٢ع) - ٧ - ٤٥)، تمّيز ١٩٨٣/٣/١٦ طعن ٨٢/١١٧، ١١٦ تجاري (المجلة ١١ (٢ع) - ٣٢ - ١١٩) وتمّيز ١٩٨٦/٣/١٢ طعن ٨٥/١٦٧، ١٦٢ تجاري (المجلة ١٤ (٢ع) - ٣٧ - ١٦٦) وفي مصر: نقض ١٩٨٠/١/١٥ (خلف ١٤٨-٦٧)، نقض ١٩٨٠/١٢/١٨ (خلف ١٥٠-٦٨)، نقض ١٩٦٩/١٢/١٦ (خلف ١٠٧١-٤١٤).

(٢) أنظر الأحكام المشار إليها لاحقاً، وأنظر أيضاً تمّيز ١٩٨٦/٣/٥ طعن ٨٥/١٠٦ تجاري (المجلة ١٤ (٢ع) - ٢٧ - ١٢٥).

(٤) تمّيز ١٩٨٢/٤/٢١ طعن ٨١/١٣١ تجاري (المجلة ١١ (٢ع) - ٣٦ - ١٢٩).

(٥) تمّيز ١٩٨٥/٥/٢٩ طعن ٢٢١/٢١٨ تجاري (المجلة ١٣ (٢ع) - ٤٣ - ١٨٩)، تمّيز ١٩٨٦/٣/١٢ سابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني

العنصر المعنوي

Animus

المقصود به :

٢٢٤ - يقصد بهذا العنصر أن يكون الحائز في مباشرته للأعمال التي تكوّن العنصر المادي في الحياة، إنها يتصرف لحساب نفسه . أو هو بعبارة أخرى نية الحائز أن يظهر على الشيء الذي يحوزه باعتباره المالك له^(١) أو صاحب الحق العيني عليه^(٢) . ولا يهم بعد ذلك ما إذا كانت هذه النية مشروعة ، أي مستندة إلى حق ، أم غير مشروعة . ولا ما إذا كان الحائز يعلم بمشروعية قصده أو لا يعلم . ولا ما إذا كان يعرف على وجه التحديد مدى الحق الذي يحوزه أو لا يعرف^(٣) . بل وتكفي في بعض الأحيان النية العامة ، المستفادة مما يمكن أن نسميه بالقصد المسبق ، فمن يعدّ - على سبيل المثال - شيئاً ليتلقى كل ما يدخل فيه بعد ذلك من أشياء ، يصبح حائزاً لكل ما دخل فيه تباعاً ، وتستفاد نية تملكه لكل ما دخل فيه من هذا الأعداد المسبق^(٤) .

فإذا تخلف هذا العنصر ، فقدت الحياة القانونية ركناً من أركانها ، فلم يعد ثمة محلّ بعد ذلك للبحث في العنصر المادي (وضع اليد) والمدة التي استدامها^(٥) .

واستخلاص نية التملك لدى الحائز، في وضع يده ، أو نفيها ، هون من مسائل الواقع

(١) أو كما يعبر أتياي (كريستان)

Une intention d'être traité comme propriétaire p. 185, no. 157

(٢) وهو ما ينتفي - بداية - إن كان يرى بنفسه بأن ملكية المال الذي وضع اليد عليه باقية للمالك وأن من حق هذا الأخير أن يسترده في أي وقت . أنظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى : نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ (خلف ١٠٥٠ - ٤٠٩) .

(٣) ويمثل البعض لذلك بمن يجوز مكتبة بنية تملك كل ما فيها من مؤلفات ، إذ تعتبر حيازته ممتدة لجميع هذه المؤلفات ولو كان يجهل نوعها ومقدارها . أنظر الصده ص/١٨ بند/٣١٨ ، محمد علي عرقة ص/١٢٨ بند/٧٦ .

(٤) ويمثل البعض لذلك بمن يعد صندوقاً لتلقى الرسائل متى ترد إليه ، إذ يصبح حائزاً لهذه الرسائل من وقت أن توضع في صندوقه ، وقبل علمه أنها قد وضعت فيه ، أنظر الصده ص/١٨ بند/٣١٨ .

(٥) أنظر نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ سابق الإشارة إليه .

تقدرها محكمة الموضوع بحسب ما يتوافر لديها من وقائع الدعوى وملابساتها^(١) ولا سلطان عليها، في هذا التقدير، لمحكمة التمييز «متى اعتمدت على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها»^(٢).

العنصر المعنوي هو الذي يحدد طبيعة حق الحائز:

٢٢٥ - هذه النية هي التي تحدد - في كثير من الأحيان - طبيعة الحق الذي يحوزه الحائز، لأن المظهر الذي تتخذه الأعمال المادية في الحياة قد يكون مشتركاً بين أكثر من حق عيني. فعل سبيل المثال، حرث الأرض وزراعتها، هي أعمال مادية يمكن أن يقوم بها مالك الأرض أو من له حق انتفاع عليها. فإذا باشر الحائز مثل هذه الأعمال، فلا يمكن الاستناد إليها وحدها في تحديد طبيعة الحق الذي يحوزه، فلا يبقى عندئذ إلا أن نركن إلى نية لمعرفة ما إذا كان يباشرها باعتباره مجرد متفجع بالعين أم بصفته مالكا لها.

العنصر المعنوي في الحياة بالوساطة:

٢٢٦ - هذا ويظل توافر العنصر المعنوي ممكناً لدى الحائز حتى ولو كان يباشر الأعمال التي تكون العنصر المادي للحياة بوساطة غيره. طالما أن لديه هو نية الظهور على الشيء - بوساطة غيره - بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني. حين لا يمكن اعتبار الوسيط في هذه الحالة حائزاً قانونياً لأنه يباشر أعمال الحياة لحساب غيره.

العنصر المعنوي والحياة العرضية^(٣):

٢٢٧ - فإذا لم يتوافر هذا العنصر، لأن واضح اليد كان لا يحوز الشيء باعتباره مالكة أو صاحب الحق العيني الآخر عليه، فإن حيازته لا تعدو أن تكون مجرد حيازة

(١) (٢) انظر غميز ١٩٨٤/٧/٤ طعن ٨٣/١٥٢/١٥١ تجاري (المجلة ١٢/٢٤) - ٥٥ - ٢٠٩، وانظر أيضاً نقض ١٩٦٨/٤/٩ (خلف ١٠٦٠ - ٤١١)، نقض ١٩٧٧/٢/٢١ (خلف ١٠٩٠ - ٤١٩).

(٣) راجع في ضرورة أن يعرض الحكم لشرط وضع اليد جميعاً (ومنها ضرورة توافر العنصر المعنوي) «ويبين بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها» نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ (خلف ١٠٨٧ - ٤١٨)، نقض ١٩٨٠/١٢/١١ (خلف ١٠٩٩ - ٤٢١).

(٤) مزيد من التفاصيل في الأحكام الخاصة بالحياة العرضية راجع:

SAINT-ALARY: La détention (notion et portée d'application en droit Français), Thèse Montpellier, 1941.

مارتي وريغو ص/ ٢٦-٢٨ البند/ ٢٨-٣٠، أيتاس ص/ ١٨٦ بند/ ١٥٧، السبوري ص/ ٢٩-٨٣٤٢٩١ بند/ ٢٧١.

عرضية (أو مادية). ويسمى الحائز عندئذ بالحائز العرضي، كالمتاجر، أو الوكيل بالنسبة للأموال التي تكون تحت يده بسبب عقد الوكالة^(١).

وتتميز الحياة العرضية بأن الحائز فيها يتلقى الشيء الذي يجوز بناء على سند قانوني ذي طبيعة وقتية^(٢). وتلقبه الحياة بمقتضى هذا السند يعني أن الحياة العرضية - على العكس من الحياة القانونية^(٣) - لا يمكن أبدا أن تكون مخالفة للقانون^(٤).

لكن هذا السند إن كان يحوله مباشرة بعض أعمال الحفظ أو الحراسة أو الاستعمال أو الاستغلال، إلا أنه يتضمن الاعتراف من جانبه بالحق العيني لغيره وجوب رد هذا الحق للمالك بعد انتهاء السبب الوقفي للحياة العرضية^(٥)، ومن ثم فلا ينقل إليه سوى الحياة المادية (possession précaire) سواء تقرر هذا السند بالاتفاق (كالإيجار) أو بموجب حكم قضائي (كالحراسة القضائية)، أو بمقتضى نص القانون (كالوصاية). ويظل الحائز العرضي في كل هذه الفروض ملتزما بموجب هذا السند برد الشيء.

ويأخذ حكم السند الذي يتضمن الاعتراف بالحق لغير الحائز، التصرف الناقل للملكية مادام صوريا وكان الحائز (المتصرف إليه) يقر صراحة في ورقة الضد بأن ملكية المال الذي وضع اليد عليه باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها في أي وقت شاء^(٦).

اقتران الحيازتين العرضية والقانونية:

٢٢٨ = وإذا كانت النية هي التي تحدد ما إذا كانت الحياة قانونية أو عرضية،

(١) في هذا المعنى، ضمنا، نقض ١٩٦٣/٦/٦ سابق الإشارة إليه.

(٢) أنظر نقض ١٩٨١/٣/٢٤ (خلف ١١٠٤-٤٢٤)، نقض ١٩٨٧/١٢/٢٠ (خلف ١١١٧ - ٤٢٨)، نقض ١٩٨٨/٥/٢٥ (خلف ١١٣٠ - ٤٣٣).

(٣) فالسارق والغاصب، مثلا يجوز أن حيازة قانونية، مادام يسيطران عليه سيطرة مادية بنية التملك.

(٤) في هذا المعنى: رينو ص/٢٤٧ هامش ١، الصلح ص/٥٢٥ بند ٣٢٢، وفي القضاء الفرنسي Civ., 2/12/1975, D. 1976-Somm-27; R.T. 1977-154 et obs. GIVERDON.

(٥) في هذا المعنى: رينو ص/٣٦ بند ٢٨، ونقض مصري ١٩٨٨/٥/٢٥ (خلف ١١٣٠-٤٣٣).

(٦) أنظر نقض ١٩٨١/٣/٢٤ (خلف ١١٠٤ - ٤٢٤).

(٧) في هذا المعنى: نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ (خلف ١٠٥٠ - ٤٠٩)، وقرب: حميز ١٩٨٣/١/٧١ طعن ٨٢/١٦ (المجلة ١١ (٢٤) - ٢٧ - ٣١٥) وفيه قضت بأن «من يضمن نقل ملكية عقار لغيره لا يجوز أن يتسلك بها لنفسه في مواجهة هذا الغير».

ومن التطبيقات القضائية لانتفاء نية التملك، وبالتالي بقاء الحياة عرضية، استمرار المشتري - الذي قضى بفسخ عقد شرائه - واضعا يده على الأعيان التي كان قد اشتراها مادام في ذلك «كان مستندا إلى حقه في حبس الأعيان المبيعة حتى يستوفي مقدم الثمن وقيمة الاصلاحات التي أجراها» نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ (خلف ١٠٩١ - ٤١٩).

فليس هناك ما يحول دون اقتران الحيازتين كل بالأخرى في بعض الأحيان، بحيث يكون الحائز الواحد حائزا قانونيا لحق معين، وفي الوقت نفسه حائزا عرضيا لحق آخر. ومثال ذلك، من يضع يده على الشيء باعتباره صاحب حق انتفاع عليه، إنها يكون بحسب نيته هذه - حائزا قانونيا بالنسبة لحق الانتفاع، ومجرد حائز عرضي بالنسبة لحق ملكية الشيء.

التنازع على الحياة واقتراض الحياة القانونية من الحياة المادية:

٢٢٩ - ولما كان الغالب أن يباشر واضع اليد الأعمال التي تكون العنصر المادي لحيازته لحساب نفسه، فقد جعل المشرع من الحياة المادية قرينة على وجود الركن المعنوي، ومن ثم قرينة على الحياة القانونية، بحيث يكفي الحائز أن يثبت توافر العنصر المادي في حيازته ليعتبر حائزا لحساب نفسه، حين يتعين على من ينكر عليه ذلك أن يقوم بأبواب العكس^(١): إما بالتدليل على أن حياة الحائز غير مقترنة بالعنصر المعنوي، لكونه مثلا مستأجرا أو مستعيرا أو لكونه هو قد تركه يباشر الأعمال المادية تسامحا منه، أو بالتدليل على أن الحياة كانت لحسابه هو وذلك بمقتضى السند الذي تلقى به الحائز الشيء^(٢).

٢٣٠ - أما إذا كان الحائز قد سبق أن تسلم الشيء من حائز سابق، بحيث تكون حيازته مجرد استمرار لحياة سابقة، كان من البديهي ألا تنطبق القرينة السابقة ويكون الحل الأكثر منطقية أن نضع قرينة عكسية فنفترض الحياة القانونية لدى الحائز السابق، ليكون من خلفه في الحياة مجرد حائز عرضي. فإذا ادعى هذا الأخير أنه الحائز القانوني، كان عليه هو أن يثبت توافر العنصر المعنوي في حيازته. وهذا ما فعله المشرع بالمادة ٩١٣ التي تقضى بأنه: «إذا تنازع أشخاص متعددون على الحياة، افترض أن من يباشر السيطرة المادية هو الحائز إلى أن يثبت العكس. فإن كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق افترض أنها لحساب من انتقلت منه»^(٣).

(١) ويرى شاباس في ذلك محض تطبيق للقواعد العامة في الإثبات، انظر شاباس (في مازو) ص/١٧٩ بند/١٤٢٧.

(٢) إنها لا يعلم الأمر أن يكون مجرد قرينة. فوضع اليد، كما نهت بحكمة التقض. ولا ينهض بمجرد سبب للملك ولا يصلح أساسا للتقدم إلا إذا كان مقرونا بنية التملك. نقض ١٠/٦/١٩٦٩ (خلف ١٠٦٩ - ٤١٤).

(٣) انظر، من تطبيقات القضاء الفرنسي للنص المقابل (مادة/٢٢٣٠، ٢٢٣١).

Civ, 2/3/1954, Bull. 1. No. 309

انقضاء العنصر المعنوي في حالة التسامح (Acte de tolérance):

٢٣١ = ولما كان العنصر المعنوي في الحياة يتضمن ادعاء الحائز بأنه مالك الشيء أو صاحب الحق العيني عليه، فإن هذا الادعاء ينتفي، وينتفي معه العنصر المعنوي، إذا ما ثبت أن مباشرة الحائز للأعمال المكونة للعنصر المادي للحياة إنما تستند إلى ترخيص ضمني من جانب مالك الشيء، أو على حد تعبير المادة/٩٠٧، إذا كان العمل الذي يباشره الحائز «يتحملة الغير على سبيل التسامح». حين يبقى الحائز - في هذا الفرض - مهما تضمنت أعماله من معنى التعدي على ملك الغير^(١) مجرد حائز عرضي^(٢). فلا - يعتبر - مثلاً - حائزاً قانونياً لارتفاع المثل، من يستند إلى مجرد فتحه على ملك الجار، على أقل من المسافة القانونية، إذا كان سكوت الجار يتضمن معنى التسامح لعدم تضرره من فتح هذا المثل (كأن تكون أرض الجار قضاء مثلاً) ومن ثم فمهما مضى من زمن على هذا الوضع فلن يكون بالإمكان كسب ارتفاع بهذا المثل بعض المدة. كما يتفرع على ذلك أيضاً أن يكون من حق المتسامح أن يسحب ترخيصه الضمني في أي وقت، دون أن يكون للمستفيد منه الحق في الاعتراض.

٢٣٢ = ومسألة التسامح هذه مسألة واقع، تترك لتقدير قاضي الموضوع^(٣). وهو يستدل عليها من ظروف الدعوى^(٤) كوجود علاقة قرابة مثلاً بين الحائز ومن تباشر على ملكه الأعمال، أو وجود ما يرجح أن من تباشر الحياة على ملكه لا يستشعر بأي ضرر جدي منها... الخ^(٥).

٢٣٣ = إنما إذا كانت حياة الحائز على سبيل التسامح لا تنتج أثرها في مواجهة المالك الذي منحه الترخيص الضمني بمباشرة الأعمال على ملكه، إلا أنه في مواجهة الغير يكون مباشر هذه الأعمال حائزاً، وله الحق في حماية حيازته من الاعتداء عليها^(٦).

(١) فالمعمل الذي يتحملة الغير على سبيل التسامح يختلف عن العمل الذي يأتيه الشخص على أنه من المباحات، في أنه يتضمن تعدياً على ملك الغير، ومع ذلك يتحملة الغير تسامحاً منه لأنه لا يصبه من رواه ضرر يعتد به. أنظر في هذا المعنى: الصلح ص/٥٢١ بند/٣٢٩.

(٢) في هذا المعنى ضمناً، نقض ١٩٧٨/١١/١٦ (خلف ١٠٩٦ - ٤٢١).

(٣) (٤) (٥) أنظر في هذا المعنى، ومن تطبيقات القضاء: نقض ١٩٤٥/١/١١ (مجموعة أحكام النقض السنة/٤ رقم ١٧٥ ص/٥٣١).

(٦) في هذا المعنى: رينو (في مارتي ورينو) ص/٢٧ بند/٢٨، وهو يجد سنداً إضافياً لوجهة نظره هذه فيما نقض به المادة/٢٢٨٣ (معدلة بقانون ٩ يولييه ١٩٧٥) من منح حماية الحياة للحائز العرضي. وقرن / عمود جمال الدين زكي بند/٢٨٧ حيث يرى أن للحياة العرضية «صفة الإطلاق».

حيازة عديم الأهلية أو ناقصها:

٢٣٤ - وإذا كان من السهل تصور أن يجوز للإنسان بوساطة غيره عن طريق مباشرة الأعمال المادية بهذه الوساطة، فإنه قد يبدو غير منطقي أن يجوز للإنسان بنية غيره^(١). ولذلك فالأصل هو وجوب توافر العنصر المعنوي لدى الحائز نفسه^(٢). وتطبيقا لهذا فإن قيام شخص بالأعمال المادية التي تقوم عليها الحيازة باسم شخص آخر ويدون علمه لا يجعل من هذا الشخص الآخر حائزا.

٢٣٥ - لكن لما كان قوام العنصر المعنوي هو ادعاء الحائز ملكية الشيء أو الحق العيني عليه، فقد أجاز استثناءً لعديم الأهلية أو ناقصها أن يكسب الحيازة عن طريق من يتوب عنه قانونا^(٣) (م/٩٠٩). والحكم نفسه ينطبق على الشخص الاعتباري، إذ يجوز أن يجمع العنصران المادي والمعنوي لدى من يمثل قانونا فيكسب الشخص الاعتباري الحيازة.

تحول الحيازة (أو تغير صفتها) من عرضية إلى قانونية: ^(٤)

٢٣٦ - إذا ما ثبت أن حيازة الحائز بدأت عرضية (ونقول إذا ثبت لأن الحيازة القانونية تفترض كما سبق أن ذكرنا من مجرد الحيازة المادية وإلى أن يثبت العكس)، فإنها بداهة تستمر كذلك. فلا ترتب عليها مهما مضى من زمن، الآثار التي يرتبها القانون على الحيازة القانونية، ويظل الأمر على هذا النحو، حتى يثبت الحائز أن حيازته قد تغيرت إلى حيازة قانونية. أو بتعبير آخر أنه أصبح يجوز لحساب نفسه. فإذا نجح في هذا الإثبات تكون صفة قد تغيرت من مجرد حائز عرضي يجوز باسمه وحساب الغير، إلى حائز قانوني. وتكون الحيازة قد تحولت من عرضية إلى قانونية^(٤).

٢٣٧ - ويدهي أنه لا يكفي لهذا التحول مجرد تغير النية الداخلية للحائز، واتجاه

(١) في هذا المعنى: شاباس ص/١٨١ بند/١٤٣١.

(٢) فالعنصر المعنوي - على حد وصف رينو - هو من الأمور الشخصية Personnel في الحائز، أنظر رينو ص/١٩، بند/١٨.

(٣) ويقال لهذا التحول، أو التغير، في الاصطلاح: تغير الصفة أو السند intervention de titre.

(٤) وهذا التحول لا يقتصر أثره على التقادم، وإنما يمتد إلى الحيازة في كل ما يتعلق بوجودها وكافة الآثار التي ترتب عليها. ولذلك كانت خطة المشرع الكويتي أصوب عندما عرض لحكم تحول الحيازة من عرضية إلى قانونية ضمن النصوص الخاصة بأركان الحيازة، على خلاف القانون المصري والقوانين التي تأثرت به حيث يوجد هذا الحكم مع النصوص الخاصة بالتقادم (م/٩٧٢ مصري).

قصده فيما بينه وبين نفسه إلى تملك الشيء بالمخالفة للسند الذي يحوله حيازته، دون علم من الحائز القانوني. وإنما يلزم أن يتخذ هذا التغير مظهراً خارجياً كافياً لإزالة الصفة السابقة، وهي كونه حائزاً عرضياً، وإحلال الصفة الجديدة محلها، مظهراً يقطع في الدلالة على تحول نية الحائز^(١) من حائز لحساب غيره إلى حائز لحساب نفسه. وفي هذا المعنى تقضى المادة/ ٩١٠ بأنه: «ليس لمن يجوز باسم غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته»^(٢).

هذا التغير يمكن وفقاً للمادة/ ٩١٠ سالفه الذكر - أن يتم بإحدى طريقتين: «إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق من كان يجوز باسمه...».

أ - تغير أو تحول صفة الحيازة بفعل الغير:

٢٣٨ - وتتغير صفة الحيازة بفعل الغير، إذا حصل الحائز العرضي على سند من شأنه أن ينقل إليه الملكية أو الحق العيني على الشيء الذي يجوز له أنه صدر من المالك^(٣). سواء حصل عليه من نفس الشخص الذي سبق أن ارتبط معه بسند الحيازة العرضية أم من غيره. كان يشتري المستأجر العين المؤجرة من المؤجر أو من شخص يتصرف فيها باعتباره مالكا لها.

٢٣٩ - ولما كان من غير الجائز أن يغير الشخص بنفسه لنفسه صفة حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه، فإن هذه الصورة من صور تغير الحيازة تفترض أن يكون الحائز حسن النية يعتقد أنه يتعامل مع المالك الحقيقي للشيء. وهذا هو الرأي الذي يتجه إليه غالبية الشراح^(٤) لأن مسلكه في الحالة العكسية إنما ينطوي على معنى محاولة تغيير

(١) في هذا المعنى: ضمننا نقض ١٩٦٣/٦/١ سابق الإشارة إليه، وأنظر أيضاً شاباس ص/ ١٨٠/ بند ١٤٢٨.

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء لهذا المبدأ نقض ١٩٦٧/٤/١٣ (خلف ١٠٤٩ - ٤٠٩).

(٣) أوكما تمبر بحكمة النقض وأن يتلقى ذو اليد الوتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ (خلف ١٠٨٨ - ٤١٨).

(٤) أنظر مثلاً: من الفقه والقضاء الفرنسيين: مارتى وريغو ص/ ٢٨ هامش ١/

RODIERE: Encyc. D. Vo: Possession No. 80; Rouen 18/7/1949 D. 1952-9 et note LEBRUN

ومن الفقه والقضاء العربيين:

محمد علي حرفة بند/ ٨٩ الصده ص/ ٥٣٢ بند/ ٣٢٧، أساميل غانم ص/ ١٠٤ منصور مصطفى منصور بند/ ١٦٣، عبد الفتاح عبد الباقي بند/ ٢٩١، البدرلوي ص/ ٤٤٣ بند/ ٣٣٥، وضمننا محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٨٧، ونقض مصري ١٩٣٥/٢/٢٨ (مجموعة عمر ج/ ١ رقم ٢٢٢ ص/ ٦١٦)، نقض

صفة حيازته بفعله هو وخفية عن المالك الحقيقي . ولذلك فإذا كان الحائز سيء النية، وأراد تغيير صفة حيازته، فلن يكون أمامه إلا معارضة حق المالك وبجانبه بهذه المعارضة على نحو ما سنبينه عند دراستنا للطريقة الثانية من طرق تحول الحيازة^(١).

٢٤٠ - ويكفي أن يتلقى الحائز هذا السند، على النحو السابق، دون أن يلزم بإعلانه لمن كان يرتبط معه بسند الحيازة العرضية من قبل . بل إن عدم الإعلان - في رأي البعض^(٢) هو الذي يبرهن على حسن نية الحائز، مادام الفرض أن هذا الأخير يستند في تغير صفة حيازته إلى اعتقاده بأنه يتعامل مع المالك الحقيقي . غير أنه يلزم - بالمقابلة - أن يكون سلوك الحائز بعد ذلك متسقا مع وضعه الجديد . أو بعبارة أخرى، أن تكون الحيازة الجديدة مطابقة للسبب (أو السند) الجديد . فإذا كان قد استمر يتعامل مع من كان يرتبط معه بسند الحيازة العرضية بنفس المعاملة السابقة على تلقية السند الجديد، لا تتغير صفة حيازته، كما لو استمر المستأجر، بعد تعاقدته على شراء الشيء من اعتقد أنه ماله، في دفع الأجرة للمؤجر . بل حتى على افتراض القول بتحولها إلى حيازة قانونية، فإنها ستكون حادثة حيازة معيبة يشوبها الغموض . وترتيب الحيازة لأثارها القانونية رهن بكونها صحيحة خالية من العيوب كما سنبين في موضع لاحق^(٣).

ب - تغير (أو تحول) صفة الحيازة بفعل الحائز :

٢٤١ - وقد تتغير صفة الحيازة من عرضية إلى قانونية بفعل الحائز نفسه، وذلك إذا أتى من الأعمال ما «يعتبر معارضة لحق من كان يحوز باسمه».

ويصدق هذا الوصف على العمل الإيجابي الظاهر الذي يجابه به الحائز من كان يحوز باسمه متضمنا معنى إنكاره الساطع ومعارضته العلنية لحق هذا الأخير، والدال دلالة جازمة على اعتزازه الاستثارة بهذا الحق ذاته^(٤).

^(١) ١٩٣٦/٤/٢٣ (مجموعة عرج/١ رقم ٣٥٢ ص/١٩٠٨)، نقض ١٩٤٦/٤/٢٣ (مجموعة عرج/١ رقم ٣٥٢ ص/١٩٩٨).

وعكس ذلك: السهمري بند/٢٧٢، ومن الفقه الفرنسي في نفس الاتجاه العكسي: تروлонج، بيودي، وتيسيه مشار إليهم في البدرولي ص/٤٤٦ هامش/٣.

^(٢) أنظر لاحقا بند/٢٤١.

^(٣) أنظر البدرولي ص/٤٤٢ بند/٣٣٥.

^(٤) أنظر لاحقا بند/٢٤٦ وما بعده.

^(٥) وقد جاء في العديد من أحكام النقض أنه «لا يكفي في تغير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يكون تغير النية مقترنا بفعل إيجابي ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ويدل

فيجب من ناحية، أن يكون هذا العمل في مجابهة من كان الحائز العرضي يحوز باسمه حتى يمكن لهذا الأخير أن يكذب ادعاء الحائز. ومن ثم فلا يكفي - على سبيل المثال - أن ينتهز المستأجر غيبة المؤجر ليعلن على الجمهور أنه يعتبر نفسه مالكا للعين. كما يجب من ناحية أخرى أن يكون قاطعا في الدلالة على أن الحائز ينكر حق هذا الشخص، وهو ما يفترض أن يكون هناك نزاع قد أثير بشأن الملكية (أو الحق العيني الآخر) بين الحائز ومن كان يحوز باسمه، يدعي فيه الحائز الحق لنفسه وينكره على هذا الأخير. غير أنه لا يلزم أن يكون هذا النزاع قضائيا. فقد تأخذ معارضة الحائز لحق المالك صورة إعلان يوجهه إليه متضمنا ادعاءه بأنه مالك الشيء الذي يحوزه أو صاحب الحق العيني عليه. وقد ينكر الحائز على المالك حقه في تحقيق إداري. بل قد تأخذ المعارضة صورة المجابهة الفعلية، كأن يشرع المؤجر عند انتهاء عقد الإيجار في تسليم العين فيعتز المستأجر مدعيا - مثلا - بأنه اكتشف أن ملكية العين كانت لأسلافه وأن المؤجر - بالتالي - كان غاصبا لها. كما يتعين فضلا عن كل ذلك، أن يكون مسلك الحائز اللاحق قاطعا في الدلالة على تحول نيته إلى الحياة لحساب نفسه. وهو ما لا يصدق على مجرد توقفه عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن السند الذي يحوز بموجبه، كتوقف المستأجر مثلا عن دفع الأجرة^(١) أو عدم تسليمه العين عند انتهاء الإيجار. فقد لا يتضمن هذا التوقف وحده، دون اقترانه بالمعارضة الصريحة، معنى إنكار حق المالك وتغيير نية الحائز. «فما أكثر المستأجرين الذين لا يدفعون الأجرة إفلاسا أو إهمالا»^(٢) أو الذين تضطربهم الظروف إلى تأخير تسليم العين المؤجرة بعد انتهاء مدة عقد الإيجار.

٢٤٢ - وعلى أية حال، فإن تقدير ما إذا كانت المعارضة كافية لتغيير صفة الحياة أم لا هي مسألة واقع تدخل في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع^(٣).

٢٤٣ - فإذا ما توافرت الشروط السابقة، فإنه لا يلزم بعد ذلك أن يكون إنكار الحائز لحق المالك وادعاء الحق لنفسه، قائما على أساس أم لا، ولا ما إذا كان الحائز في

* دالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها واستتاره بها دونه. نقض ١٩٦٩/٢/٤ (خلف ١٩٦٦/١٠٦٦ - ٤١٣)، نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ (خلف ١٩٨٨ - ٤١٨)، نقض ١٩٧٧/١/٤ (١٠٨٩) - ٤١٩، وفي القضاء الفرنسي في معنى وجوب أن يكون لدى الحائز القصد الحقيقي في أن يصبح هو المالك.

Civ. 15/2/1965, R. T. 1965 - 677 et obs. BREDIN.

(١) قارن الصدد ص/٥٣٥ بند/٣٢٨.

(٢) شاباس (في مازو) ص/١٨٠-١٨١ بند/١٤٣٠.

(٣) انظر نقض ١٩٦٩/١٢/٢ (خلف ١٩٧٣ - ٤١٥).

ادعائه هذا مبيء النية أم حسن النية . إنها يظل للحائز القانوني - كما سبق أن ذكرنا - أن يكذب ادعاء الحائز العرضي .

٢٤٤ - وبين عما تقدم في قوام هذا الطريقة من طرق تحول الحياة ، أنها تختلف عن سابقتها ، في أن الحائز لا يحصل على سند جديد . «وإنما يهدر سند حيازته العرضية ، فتكون حيازته الجديدة بدون سند»^(١) .

٢٤٥ - ودون أي من هاتين الطريقتين لا تتغير صفة الحياة العرضية وتتحول إلى قانونية . وتحديدًا فإن «انتقال الحياة بالمراث لا يمكن اعتباره مغيرًا للسبب ، لأن الحياة (كما سنرى) تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذي يخلف مورثه في التزامه بالرد بعد انتهاء السبب الرقبي لحيازته العرضية ، ولا تكون للوارث حياة مستقلة مهما طال الزمن ولو كان مجهل أصلها أو سببها ، ما لم تصحب هذه الحياة مجابهة صريحة ظاهرة في معارضة حق الأصل في الملك»^(٢) .

ويبقى ، من بعد أنه إذا ما كانت إحدى هاتين الطريقتين ، فإن الحياة لا تبدأ «بصفتها الجديدة إلا من وقت الفعل الذي أحدث التغيير» (م/ ٩١٠) .

(١) السنيوري ص/ ٨٣٩ بند/ ٢٧٢ وفي نفس المعنى : الصلة ص/ ٥٣٤ بند/ ٣٢٨ .

(٢) نقض ١٩٨٨/٥/٢٥ (خلف ١١٣٠ - ٤٣٣) .

المطلب الثاني

ما يتعلق بأركان (أو عناصر) الحيازة من مسائل

حصر وتقسيم:

حتى ترتب على الحيازة آثارها القانونية، لا يكفي وجودها بتحقيق عنصرها سالفه البيان، وإنما يشترط أيضا خلوها من العيوب.

كما أن صفة الحيازة، من حيث حسن أو سوء نية الحائز، تؤثر من بعض النواحي فيما يرتب على الحيازة من آثار.

وعلى سند من القول بأن الحيازة تقتضي بالضرورة شيئا من الاستمرار طال الزمن أم قصر^(١)، وانطلاقا أيضا من أن من بين الآثار التي يربتها القانون على الحيازة ما يقتضي ترتبه أن تكون الحيازة قد استمرت مدة معينة وهو أمر قد يثور الشك حوله، فقد رأي المشرع أن يضع القرينة التي قررها على استمرار الحيازة بين النصوص المتعلقة بالحيازة ذاتها لتعلقها بوجودها^(٢).

ونحن نقصر في هذا المطلب، على معالجة المسألتين الأولى، مرجئين معالجة قرينة استمرار الحيازة المنظمة بالمادة/٩١٢ إلى الموضع الخاص بدراسة آثار الحيازة الممتدة في الزمن (التقادم)، فأهميتها - بعد أن استبعدنا من نطاق الدراسة في هذا المؤلف دعاوي حماية الحيازة - تكاد في واقع الأمر تنحصر في هذا النوع من الحيازة فقط^(٣).

وهكذا نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، على النحو التالي:

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقا على المادة/٩١٢.

(٢) أنظر لاحقا بند/٣٠٦ وما بعده.

الفصل الأول

شرط خلو الحياة من العيوب

(صفات الحياة القانونية)

يجب ما يجب أن يتوافر في الحياة من صفات هو خلوها من العيوب:

٢٤٦ - لما كانت الحياة تعتبر مظهراً للحق، وجب أن تنشأ وتستمر على صفات تقطع في نظر الناس بأن الحائز هو مالك الشيء أو صاحب الحق العملي عليه. ولما كان صاحب الحق لا يتزعج حقه بالإكراه، ويباشره علانية بلا تستر أو تخفّف، كما يبدو قصده واطمئناً في استعماله الحق لحساب نفسه، وجب كذلك أن تكون الحياة هادئة *Paisible* وواضحة *Publique* وواضحة *Non équivoque* أو بتعبير آخر وجب أن تخلو الحياة من العيوب التي قدحس احتمال صدقها ودلائلها على أحقية الحائز.

والعيوب التي تشوب الحياة وتجعلها بالتالي غير صالحة لترتيب كل آثارها القانونية ثلاثة هي: الإكراه والخفاء واللبس أو الغموض. غير أن هذه العيوب عيوب مؤقتة، يمكن أن تزول، فتصبح الحياة بعد ذلك صالحة لترتيب آثارها. كما أنها عيوب نسبية لا تحول بين الحياة وإنتاج آثارها إلا في مواجهة من انتزعت منه بالإكراه أو أخفيت عنه أو التبس عليه أمرها. لذلك فإن هذه العيوب لا تؤدي إلى هدم الحياة إذ تظل هذه الأخيرة موجودة مع توافر أي منها، وإن كانت معيبة. وفارق بين انعدام الحياة وتعييبها.

وقد عرضت للعيوب التي تشوب الحياة المادة ٩١١ فقضت بأنه: «إذا اقترنت الحياة بإكراه، أو حصلت خفية، أو كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحياة أو التبس أمرها عليه، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب». وتعالج فيما يلي هذه العيوب الثلاثة.

(١) أنظر من تأكيدات القضاء على هذا الشرط: تمييز ١٩٨٥/٥/٨ طعن ٨٤/١٧٣ (الجلسة ١٣ (٢٤)- ١٠٧- ٢٤)، تمييز ١٩٨٥/٥/٢٩ سابق الإشارة إليه، ونقض مصري ١٩٤٣/٢/٢٥ (خلف ١٠٣٥- ٤٠٤):
نقض ١٩٦٨/٤/٩ (خلف ١٠٦١- ٤١٢)، نقض ١٩٦٩/٦/١٠ (خلف ١٠٦٩- ٤١٤)، نقض ١٩٨٠/١٢/١١ (خلف ١٠٩٩- ٤٢١).

٢٤٧ - أما ما يقال له - عند البعض - عيب التقطع أو عدم استمرار -discontinuité- الحياة، في معنى انقطاع الحائز عن مباشرة الأعمال المادية على الشيء الذي يعوزه بشكل غير عادي وغير متناسب مع طبيعته^(١)، فهو - في رأينا - أكثر من أن يكون مجرد عيب في الحياة، إنه يصل إلى حد إعدامها بإهدار ركنها المادي^(٢). فقد سبق أن بينا، عند دراسة هذا الركن (أو العنصر) أنه يجب أن تكون مباشرة الأعمال المكونة له على نحو من الكثرة والأهمية بما يتناسب وطبيعة الشيء^(٣). ولعل هذا هو الذي جعل أنصار هذا الرأي يميزون بين عدم الإستمرار وغيوب الحياة الأخرى ليجعلوا منه عيبا مطلقا يحول بين الحياة وإنتاج آثارها في مواجهة الكافة.

أ - الإكراه Violence:

٢٤٨ - تكون الحياة معيبة بالإكراه إذا حصل عليها الحائز بالقوة أو التهديد^(٤). أما إذا بدأت هادئة فلا يعيبها أن يضطر الحائز - في سبيل الحفاظ عليها - إلى استعمال القوة ضد من يرغب انتزاعها منه، لأن صاحب الحق قد يسلك نفس السبيل في نفس الظروف^(٥). غير أنه يستوي بعد ذلك أن يكون الإكراه ماديا أو معنويا.

- (١) أنظر: السنهوري ص/ ٨٤٢، بند/ ٢٧٥، محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٨٩، محمد علي عمران: الحقوق المعينة الأصلية ١٩٩٠ ص/ ١٧٠.
 - (٢) من هذا الرأي أيضا: منصور مصطفى منصور ص/ ٢٩٥ بند/ ١٦٦، الصلح بند/ ٣٣٥ ص/ ٥٤٦ وما بعدهما، البلداوي ص/ ٤٦٨ وما بعدها بند/ ٣٥٠ مصطفى الجبال نظام الملكية ١٩٨٥ بند/ ٢٧٠.
 - (٣) راجع سابقا بند/ ٢١٩.
 - (٤) أنظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى تمييز ١٩٨٤/١١/٢١ طعن ٨٤/٥١ تحاري (المجلة ١٢ ع٣) - ١٨ - ٧٦، نقض مصري ١٩٤٣/٢/٢٥ (خلف ١٠٥٣ - ٤٠٤).
 - (٥) أنظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى، نقض ١٩٨١/٦/٧ (خلف ١١٠٦ - ٤٢٤) نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ (مجموعة أحكام النقض السنة/ ١٠ رقم/ ٥٨٠ ص/ ٥٢٨).
- ومن الفقه الفرنسي: رينو ص/ ٢١ بند/ ٢٢، شاباس ص/ ١٨٧ بند/ ١٤٣٧، ومع ذلك فقد اتجه القضاء الفرنسي، مؤيدا من جانب من الفقه، إلى أنه إذا كانت الحياة مهددة بعكر صفاتها أن يكون صاحبها مضطرا في أي وقت للدفاع عنها بالقوة، فإنها تكون حيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ولا تصلح لأن تنتج آثارها القانونية. بيا يعني أنه لا فارق في الإكراه الذي يعيب الحياة بين الوقت الذي وقع فيه. أشار لهذا الاتهام (بعبارة لا يؤيده) شاباس ص/ ١٨٧ بند/ ١٤٣٥، وأنظر في الأحكام القضائية القديمة التي أخذت به، مشددا إليها في السنهوري ص/ ٨٥٣ هامش ٣/ وقرب من هذا الاتهام حكم تمييز ١٩٨٤/١١/٢١ سابق الإشارة إليه إذ تقول المحكمة أن المقصود بالهدوء الذي هو شرط للحيازة. . ألا تفرق الحياة بالإكراه من جانب الحائز وقت بلشها وأن تستمر له دون أن يعكرها تعد يؤدي إلى انتزاعها منه^(٦).

ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد عدلت مؤخرا عن هذا الاتهام، أنظر: Civ. 15/2/1968, D. 1968-453; R.T. 1968 - 740 et obs. BREDIN.

وعلى هذا التحديد يكون الإكراه عيباً مما يشوب العنصر المادي في الحيازة، لأن المفروض في الحائز أن يظهر بمظهر صاحب الحق، وهذا لا يكون في حاجة إلى الإكراه كي يباشر الأعمال المادية اللازمة لمزاولة حقه على الشيء^(١).

وإذا بدأت الحيازة مقترنة بالإكراه، فإنها تظل على عيبتها ما بقي الحائز محتفظاً بها ودون أن تنقطع القوة أو التهديد الذي حصل عليها به^(٢).

لكن الإكراه عيب مؤقت قد ينتهي فتعود الحيازة هادئة. وهي تصبح كذلك إذا أصبح الحائز في غير حاجة إلى القوة أو التهديد للاحتفاظ بحيازته^(٣) وإثبات ذلك على الحائز لأن القاعدة أن الحيازة تبقى محتفظة بالصفة التي بدأت بها إلى أن يثبت العكس (م/٩١٦). ومنذ الوقت الذي تعود فيه الحيازة هادئة تصبح صالحة لترتيب آثارها القانونية.

كما أن الإكراه عيب نسبي، لا يحول بين الحيازة وترتيب آثارها إلا في مواجهة من وقع عليه دون من عداه، ولو كان هذا الأخير هو المالك^(٤).

ب - الخفاء (أو عدم الظهور) Clandestinité

٢٤٩ - وتكون الحيازة معيبة بالخفاء، إذا باشر الحائز الأعمال المكوّنة لعنصرها المادي بصورة غير علنية أو على نحو غير ظاهر للغير^(٥)، بعكس العلنية والظهور التي يمارس بها صاحب الحق حقه، فيحول هذا الخفاء بين المالك وأي رد فعل تجاه الحائز^(٦) وهو عيب يتصور حدوثه أكثر في المنقولات حيث يسهل إخفاؤها، أما العقارات فمن النادر أن تقع حيازتها خفية. ومن الأمثلة التي تساق عادة في هذا الصدد، أن يعتاد جار

(١) الصلح ص/٥٤١/بند/٣٣١.

(٢) السنهوري ص/٨٥٢/بند/٢٨٢.

(٣) بل يرى بعض الشراح الفرنسيين أنه لا يحول دون حيازة قانونية صالحة لترتيب آثارها مباشرة الحائز للعنف، مادام ذلك كان يتم على فترات متباعدة جداً في الزمن *Très espaces*، انظر رينو ص/٢١/بند/٢١.

(٤) وفإذا كان الشخص الذي انتزعت منه الحيازة ليس هو المالك، لم يجر المالك أن يمتنع عن متزاع الحيازة بعيب الإكراه، لأن المالك ليس هو الذي وقع عليه الإكراه السنهوري ص/٨٥٥/بند/٢٨٣.

(٥) أنظر رينو ص/٢٠/بند/٢١، أتياس (كرستيان) الذي يقول: «A l'égard de tous». ويعد البعض فيقول غير ظاهر له وهي المصلحة في العلم بالحيازة، أنظر محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٠ نقلاً عن ريبير ويولانجيه.

(٦) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي: Civ. 9/2/1955, Bull. Civ., To 1, No. 61.

(٧) وفي هذا المعنى يقول أتياس: وإن انعدام رد الفعل المحتمل، من جانب المالك، تجاه هذا التهديد المعروف أو على الأقل غير الخفي، هو الذي يعطي للحيازة فعاليتها: ص/١٨٧/بند/١٥٧.

عند حرث أرضه أن يجور في كل مرة على جزء يسير من أرض جاره يصعب ملاحظته ليضمه إلى أرضه بطريقة تدريجية.

وعادة ما يكون الخفاء قصدا من الحائز الذي يقلل ضرورة إخفاء حيازته عن الغير. لكنه يعيب حيازته، في كل الأحوال، ولو لم يعتمد^(١).

إنما لا يشترط للقول بأن الحيازة كانت ظاهرة أو غير خفية على المالك أن يكون هذا على علم يقيني بها وإنما يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها^(٢).

والخفاء - بدوره - عيب مؤقت، يزول بعودة الحيازة ظاهرة، فتصبح حالته صالحة لترتيب آثارها. كما أنه عيب نسبي^(٣)، فلا يصح من ثم أن يتمسك به إلا من خفي عليه العنصر المادي للحيازة دون من عدها. وهو عيب يلحق الحيازة في ذاتها فيجعلها غير ظاهرة في نظر الجمهور، ولذلك فإنه لا يجوز لمن يحتج عليه بحيازة ظاهرة في ذاتها أن يتمسك بعدم علمه بهذه الحيازة التي كان خفاؤها عليه بالذات إنما يرجع إلى ظروف خاصة به.

جـ - اللبس (أو الغموض) *Equivoque*^(٤):

٢٥٠ - يختلف غموض الحيازة عن خفاؤها^(٥) وذلك على عكس ما قد يبدو للوهلة الأولى. فالحيازة الخفية هي - كما أسلفنا القول فيها - تلك التي لا يظهر ركنها المادي. أما الحيازة الغامضة أو الملتبسة فهي تلك التي تثير الشك حول حقيقة قصد من يباشر

(١) على خلاف ما كان يأخذ به القانون الروماني، أشار لذلك: شاباس ص/ ١٨٧/ بند ١٤٣٦، رينوس ص/ ٢٠ هامش/ ٤.

(٢) في هذا المعنى: الصده ص/ ٥٤١/ بند ٣٣٢ محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٩٠، رينوس ص/ ٣٠/ بند ٢١.

(٣) نقض ١٩٧٣/٢/٨ (خلف ١٠٣٢-٤٠٣) وأنظر أيضا نقض ١٩٧٨/١١/١٦ (خلف ١٠٩٦-٤٢١)، نقض ١٩٨٠/١٢/١٨ (خلف ١١٠١-٤٢٣).

(٤) أنظر عكس ذلك، وأنه عيب مطلق، لوران، كويليه دي سانتير، أشار إليها السهري ص/ ٨٥١ هامش/ ١.

(٥) راجع في معنى أن اللبس أو الغموض ليس عيبا مستقلا في الحيازة وإنما هو فقط يدل على أن العناصر المنشئة للحيازة ليست متوافرة، إنجاء منسوب لـ: بودري لاكاتيزي وتيسيه وكذلك لـ: أورير ورو أشار إليهم رينوس ص/ ٣٣/ بند ٢٤ وهامش/ ٦ وهو يؤكد أن هذا ليس هو الاتجاه الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيين.

(٦) راجع - في التفرقة بين اللبس وسوء النية (أو بين الحيازة الملتبسة والحيازة بسوء نية).

Civ. 13/6/1963, Bull No. 317; Civ. 3/10/1969, Bull. To 3 No. 611.

وأنظر أيضا: رينوس ص/ ٢٣/ بند ٢٤ الذي يقول - تبعا لذلك - أن اللبس - على العكس من سوء النية - أمر لا يقدر في نية الحائز وإنما يفترض شكاً في نية الأغيار.

أعمالها المادية، هل يباشرها لحساب نفسه أم لحساب غيره، لأن أعمال السيطرة المادية التي يقوم بها، في ضوء الظروف الخاصة التي تحيط بها، تحتمل المعنيين^(١).

فالغموض إذن عيب يشوب العنصر المعنوي في الحياة. وهو يصل، في نظر البعض، إلى حد إعدامها كلية، لما يؤدي إليه الغموض من إهدار لركنها المعنوي^(٢)، وهو رأي تعييبه المبالغة، خاصة إذا لاحظنا أن المشرع يفترض توافر العنصر المعنوي من مجرد توافر العنصر المادي إلى أن يثبت العكس (م/٩١٣). ومتى كان ذلك فإنه لا يكفي مجرد الاستناد إلى غموض الحياة للقول بأنها تكون منعدمة تلقائياً، وإلا لكان معنى ذلك أن الحياة الغامضة أو الملتبسة لا ترتب أي أثر في مواجهة الكافة، حين أن الصحيح هو أن الحياة الغامضة أو الملتبسة هي حياة موجودة لكنها معيبة وعيبتها هذا يشل أثرها، لا في مواجهة الكافة، وإنما في مواجهة من التبس عليه أمرها فنسب دون من عداه^(٣).

ومن أمثلة الحياة الغامضة أن يستمر الشيء تحت يد الخادم بعد وفاة سيده، فلا يعرف ما إذا كان يجوز له حساب ورثة المتوفى أم أن نيته قد تغيرت وأصبح يجوز له حساب نفسه. أما المثال الأكثر شيوعاً، فهو أن يستمر أحد الورثة - بعد وفاة مورثه - في وضع يده على التركة كلها، حيث لا يعرف ما إذا كان يجوز أنصبه باقي الورثة نائباً عنهم في إدارة المال الشائع أم أنه أصبح يجوز له حسابه^(٤).

والغموض، كالإكراه والخفاء، عيب نسبي، فلا يصح أن يتمسك به إلا من التبس عليه أمر الحياة أو قصد الحائز^(٥). ونص المادة ٩١١ صريح في هذا المعنى. كما أنه عيب مؤقت يزول من الوقت الذي يقوم فيه الحائز بأعمال تظهر، في وضوح ودون شك،

(١) في هذا المعنى: رينو بند/٢٤ ص/٢٣.

(٢) من هذا الرأي عرفة بند/٧٦.

(٣) قرب من هذا المعنى: البديراوي ص/٤٧٧ بند/٣٥٣.

(٤) أنظر، من تطبيقات القضاء: نقض ١٩/١٢/١٩٨١ (تخلف ١١٠٣-٤٢٣).

(٥) في هذا المعنى السنيوري بند/٢٨٦ ص/٨٥٩، الصلحة بند/٣٣٤ ص/٥٤٦ البديراوي بند/٣٥٣، ٤٧٥.

وعكس ذلك، وأنه عيب مطلق، تأسيساً على أن القول بنسبته لا يتفق وطبيعة هذا العيب والذي يلحق العنصر المعنوي في الحياة مثيراً للشك حول وجوده محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٣ ص/٥٣١ ومع ذلك قارن تأكيده هو نفسه في موضع آخر (ص/٥٢٦ بند/٢٨٩) بأن جميع عيوب الحياة (فيها عدا عيب عدم الاستمرار أو التقطع) هي عيوب نسبية. وفي نفس الاتجاه المعكسي شلباس ص/١٩٠ بند/١٤٤٣.

نيسه في الحياة لحساب نفسه. وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع^(١). كان يمنع «الشريك في الشروع ببقية شركائه من إدارة العين الشائعة»^(٢). فتعود الحياة صالحة لترتيب آثارها القانونية. على أن يلاحظ أنه، لما كان الأمر هنا يتعلق بمجرد إزالة غموض عن حياة هي في ذاتها حياة قانونية وإن كانت مشوبة بعيب، وليس يتعلق بتحويل حياة عرضية إلى حياة قانونية، فإنه ليس يلزم لإزالة هذا العيب اتباع الطرق المقررة لتحويل الحياة العرضية إلى حياة قانونية^(٣) على ما أسلفناه^(٤).

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي:

Civ. 23/4/1969 Bull. T. 3, No. 320; Civ. 19/6/1973, Bull T. 3, No. 426; Crim. 3/12/1984, J. C. P., 1985-4-60

ومن الفقه في هذا المعنى:

GHESTIN: Note, J.C.P. 1972-2-17077, Sous Civ., 13/11/1970, GOUBEAUX, Note. J.C.P., 1973-2-17566, sous Civ. 8/5/1973.

(٢) محمود جمال الدين ذكي بند/٢٩٢.

(٣) في هذا المعنى: السنيوري بند/٢٨٧ ص/٨٦٠، ٨٦١.

(٤) أنظر سابقا بند/٢٣٦ وما بعده.

الفرع الثاني

حسن أو سوء النية في الحياة

٢٥١ - تختلف آثار الحياة - على ما سنراه في حينه - بحسب ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيء النية.

٢٥٢ - ويعتبر الحائز حسن النية «إذا كان يجهل أنه يعتدى على حق للغير...» (م/٩١٤-١)، شرط ألا يتجالحه في هذا أدنى شك^(١). فيما يعني أن حسن النية - على هذا التحديد - ليس يعدو أن يكون «سوى غلط وقع فيه الحائز: اعتقاده على خلاف الحقيقة»^(٢) أنه لا يعتدى على حق للغير^(٣).

إنما، ليس يلزم للقول بحسن النية أن يكون الحائز معتقدا أيضا أن الحق الذي يحوزه له^(٤). فمن يستولى على منقول بنية تملكه يعرف أنه ليس له، لكنه يكون حسن النية إن كان يظن أنه منقول متروك وهو في الحقيقة ضائع (أو مفقود)، لأنه في هذه الحالة كان يجهل أنه، بالاستيلاء عليه، يعتدى على حق ماله فيه^(٥).

وقد يكون الحائز غير أهل لأن يُعتد بنيته، لكونه غير مميز، وقد لا يكون شخصا طبيعيا وإنما شخص اعتباري: ففي الحالتين، تكون العبرة في حسن النية أو سوءها بنية من يمثله. وليس في هذا سوى محض تطبيق للقواعد العامة في النيابة. ولذلك لم ير

(١) في هذا المعنى: نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ (خلف ١٠٦٣-٤١٢). نقض ١٩٨٦/٥/١٨ (خلف ١١١٤-٤٢٧) وقد جاء فيه أنه يكفي لانقضاء حسن النية... مجرد شك المتصرف اليه (الحائز) حين تلقي التصرف، في اعتقاده بأن المتصرف مالك لما يتصرف فيه)، نقض ١٩٨٨/٤/٢٦ (خلف ١١٢٨-٤٣١)، وقرب: شاباس ص/٢٣٢ بند/١٤٩٨،

VOUIN (F): La bonne foi, Thèse Bordeaux, 1939, P. 302 et S.

(٢) (٣) عمود جمال الدين زكي بند/٢٩٣، وفي نفس المعنى: رينو ص/٢٣ بند/٢٥، شاباس ص/٢٣٢ بند/١٤٩٨.

(٤) (٥) في هذا المعنى: السنبوري ص/٨٦٥ بند/٢٩٠، وقارن رينو ص/٢٣ بند/٢٥ حيث يرى أن الحائز يكون حسن النية وحين يعتقد أنه صاحب الحق الذي يمارسه في الواقع

«Croire qu'il est titulaire du droit exerce en fait».

المشرع ما يدعى لإفراد نص خاص بهذا الحكم كما فعل نظيره المصري^(١).

٢٥٣ - ولكن، لما كان من شأن تقدير حسن نية الحائز على أساس من المعيار الشخصي وحده، أن يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج غير مقبولة، فقد قرن المشرع هذا المعيار بآخر موضوعي، فاشتراط ألا يكون جهل الحائز بأنه يعتدى على حق الغير وناشأ عن خطأ جسيم» (م/٩١٤)، وإلا اعتبر سيء النية^(٢).

والخطأ الجسيم، كما هو معروف، هو الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس عناية. ومن أمثلته هنا، جهل الحائز الذي اشترى العقار من غير مالكه أن البائع غير مالك، إذ كان بإمكانه بشيء من الاحتياط أن يعرف مالكه بالاطلاع على سجلات الشهر العقاري. وقضى - تبعاً لذلك - بأن: «ثبوت صفة العمومية للمال بتخصيصه بالفعل المنفعة عامة يتفني معها حسن نية من يحوز المال بعد حصول هذا التخصيص، إذ يتمتع عليه في هذه الحالة التحدي بأنه كان عند حيازته يجهل أنه يعتدى على حق الغير، لأن هذا الجهل يكون ناشئاً عن خطأ جسيم لما يشهد به الواقع من تخصيص المال الذي يحوزه للمنفعة العامة، ومن ثم فلا يتوافر بهذا الجهل حسن النية لديه^(٣).

٢٥٤ - «وحسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس»^(٤). وليس يعدو هذا الافتراض الذي كرس له المشرع الفقرة ٢ من المادة/٩١٤ أن يكون سوى ترديد لمبدأ عام مسلم به في جميع القوانين الوضعية. لكن المشرع عاد وتحفظ على هذا الافتراض فقال: «سالم ينص القانون على خلاف ذلك» (م/٩١٤). فقد اعتبر المشرع الحائز سيء النية في ظروف معينة مالم يحم هو الدليل على حسن نيته. من ذلك افتراض سوء نية الخلف العام للحائز متى كان سلفه سيء النية (م/٩١٧).

٢٥٥ - ويصبح الحائز سيء النية، ولو كان وقت بدء حيازته حسن النية، ومن وقت علمه أن حيازته اعتداء على حق الغير» (م/٩١٥). ولما كان أدنى شك يساوره يبدد حسن النية لديه، فإنه إذا ما رفعت عليه دعوى تفيد أن الحق الذي يدعيه على الشيء الذي يحوزه ليس له، اعتبر أيضاً سيء النية من وقت إعلانه بصحيفة الدعوى

(١) في المادة/٢٠٩٦٥.

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء لهذا المعيار: نقض ٢٩/١٠/١٩٦٨ (خلف ١٠٦٣-٤١٢).

(٣) نقض ٢٧/٤/١٩٦٧ (خلف ١٠٥٤-٤١٠).

(٤) راجع من تأكيدات القضاء، في هذا المعنى: نقض ٣٠/٤/١٩٦٤ (خلف ١٠٣٩-٤٠٦).

(٥) ويستطيع خصم الحائز أن يثبت العكس، أي سوء نية هذا الأخير بجميع طرق الإثبات، أنظر في هذا المعنى شابلن ص/٢٣٢ بند/١٤٩٩.

(م/٩١٥-١). وفي كل الأحوال اعتبر المشرع سيء النية كل «من اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره» (م/٩١٥-٢) حتى ولو كان يعتقد إذ ذاك أن الحق الذي اغتصب حيازته هو حقه. فالذي يجعل الحائز سيء النية هنا هو نفس واقعة اغتصاب الحيازة بالإكراه. والحكمة من هذا الحكم، منع الأفراد من أخذ حقوقهم بأنفسهم بها يعكس السلام الاجتماعي^(١).

٢٥٦ - والتعرف على حسن أو سوء نية الحائز هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع^(٢).

٢٥٧ - إنها بالنظر إلى أن صفة الحيازة قد تتغير عما كانت عليه وقت بدئها، فقد نصت المادة/٩١٦ على أن «تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها إلى أن يثبت العكس». وهذا الافتراض يشمل بقاء صفة الحيازة، على ما كانت عليه في البداية، من حيث حسن أو سوء نية الحائز أيضاً.

(١) في هذا المعنى، محمد جمال الدين زكي بند/٢٩٣.

(٢) أنظر: نقض ١٩٨٦/٥/١٨ (خلف ١١١٤ - ٤٢٧)، نقض ١٩٨٨/٤/٢٦ سابق الإشارة إليه، وفي القضاء الفرنسي.

Crim: 3/12/1984, J.C.P., 1985-4-60; Civ. 31/1/1984 D. 1984-396 et Note AUBERT.

المبحث الثاني

انتقال الحياة

Transfert de La possession

إمكان الاستخلاف في الحياة:

٢٥٨ - الحياة، مثلها مثل الحقوق، تقبل الاستخلاف، فتنقل من السلف إلى خلفه، عاما كان هذا أم خاصا:

انتقال الحياة إلى الخلف العام:

٢٥٩ - تنتقل الحياة من الحائز إلى خلفه العام، تماما كما تنتقل إليه أمواله، بقوة القانون، دون حاجة إلى تسلم فعلي لما ترد عليه. فيما يعني أن الخلف العام، كالورثة، لا يبدأون حياة جديدة، وإنما تعتبر يدهم استمراراً ليد سلفهم. إنها حياة سلفهم خلفوه فيها.

٢٦٠ - ويكون من الطبيعي، والحال كذلك، أن تنص المادة/٩١٧ على أنه: «تنتقل الحياة للخلف العام بصفاتها...»^(١). وعلى ذلك: فإذا كانت حياة السلف قانونية، انتقلت إلى ورثته بهذه الصفة، وكان لهم أن يستندوا إليها للتمسك بحقوقهم فيما يترتب هذا النوع من الحياة من آثار قانونية. أما إذا كانت مجرد حياة عرضية، انتقلت إلى الخلف بنفس الوصف، إلا إذا استطاع هذا الأخير أن يحولها إلى حياة قانونية بإحدى الطريقتين سابقتي الذكر^(٢)، حين ترتب الحياة القانونية أثرها منذ التحول فقط، وحين يجب على الخلف أن يثبت هذا التحول إذ المفروض أن الحياة التي بدأت عرضية تستمر كذلك، والفرض في هذه الحالة أن حياة الخلف استمرار حياة سلفه. وإعلا لنفس الفكرة، إذا كانت حياة السلف معية، انتقلت إلى الخلف كذلك، وظلت غير صالحة لترتيب آثارها القانونية حتى يزول عنها لدى الخلف ما كان يشوبها من عيب.

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصري للنص المقابل (م/٩٥٥-١): نقض ١٩٨٨/٥/٢٥ (خلف ١١٣٠-١٣٣).

(٢) انظر سابقا بند/٢٣٦ وما بعده.

وإذا كان السلف حائزا حسن النية أو كان سيء النية، انتقلت حيازته إلى خلفه بذات الصفة. ولكن، إذا كان السلف سيء النية، بأن كان يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير، وكان الخلف يجهل ذلك، وأثبتته^(١) كان له أن يتمسك بحسن نيته هو. وعلى ذلك صريح المادة/ ٩١٧.

ولما كانت حيازة الخلف العام تعتبر استمرارا لحيازة السلف، على ما قدمناه، بما يعني أنها تنتقل إليه من وقت بدئها، فإنه إذا كان الأثر القانوني المناط بالحيازة يقتضي استمرار هذه مدة في الزمن (التقادم)، فإن حساب هذه المدة يكون ابتداءً من الوقت الذي بدأت فيه حيازة السلف. وهذا المعنى يستفاد أيضا بمفهوم الإشارة من نص المادة/ ٩٢١ على ما سيجيء.

انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص:

٢٦١ - تنتقل الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص، أو ما عبرت عنه المادة/ ٩١٨ بـ «الغير»، وإذا اتفقا على ذلك وأصبح في استطاعة هذا الغير (الخلف الخاص) أن يسيطر على الشيء ولو لم يتسلمه تسليما ماديا».

وبين من هذا النص أنه يجب، لانتقال الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص، فضلا عن الاتفاق بينهما على ذلك^(٢)، أن يكون هذا الاتفاق مصحوبا بانتقال السيطرة على الشيء محل الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص، أو على الأقل أن تتوفر لهذا الأخير القدرة على هذه السيطرة، بمعنى أن يكون بإمكانه مباشرة الأعمال التي تشكل العنصر المادي لحيازة الشيء الذي انتقل إليه.

وهذه السيطرة تتحقق - بداية - بتسليم الشيء تسليما ماديا للخلف الخاص.

٢٦٢ - لكن إمكان السيطرة على الشيء يظل متصورا ولو لم يسلم الشيء ماديا إلى الخلف الخاص، إذا ما سلم إليه حكما أو رمزيا.

٢٦٣ - ويتحقق التسليم الحكمي، حين يستمر، السلف وإضعا يده على الشيء الذي اتفق على نقل ملكيته للخلف ولكن لحساب هذا الأخير، كما لو باع الحائز الشيء واتفق مع المشتري على أن يبقى في العين باعتباره مستأجرا لها. وحين يكون الخلف

(١) لأن قرينة حسن النية لا تنطبق هنا، وعلى ذلك، الاستدراك المقرر بالمادة/ ٢٠٩١٤ على أصل افتراض حسن النية، حين قضت هذه المادة بأنه: «... مالم ينص القانون على خلاف ذلك».

(٢) وللقصود هو الاتفاق على نقلها بركتها المادي والمعنوي. انظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/ ٩١٨.

واضعاً يده من قبل على الشيء باعتباره حائزاً عرضياً لحساب مالك الشيء، ثم يتفق مع هذا الأخير على انتقال ملكية الشيء إليه، فيصير بعد ذلك حائزاً لحساب نفسه، كما لو اشترى المستاجر ما يستأجره. ويطلق على التسليم الحكمي في فرضه الثاني التسليم باليد القصيرة.

وقد نصت على جواز نقل الحيازة بهذا النوع من التسليم، المادة/ ٩١٩ حين قضت بأنه: «يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضحاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الحلف واضحاً يده ولكن لحساب نفسه».

٢٦٤ - أما التسليم الرمزي فيكون بتسليم ما يرمز إلى الشيء موضوع الحيازة أو ما يمكن من السيطرة عليه دون عائق. كتسليم مفاتيح منزل^(١) أو تسليم سندات شحن بضاعة.

وقد نصت على جواز نقل الحيازة بهذا النوع من التسليم المادة/ ٩٢٠-١ حين قضت بأنه: «يجوز أن يتم نقل الحيازة إذا تسلم الحلف ما يمكنه من التسليم المادي للشيء». واعتبرت من قبيله، على الأخص، «تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن» إذ يقوم تسليم هذه السندات «مقام تسليم البضاعة ذاتها» (م/ ٩٢٠-٢).

غير أنه، لما كان التسليم، في هذا النوع من التسليم، لا يرد على مادة الشيء، فقد يقع أن يتعارض هذا النوع من التسليم مع التسليم المادي لذات الشيء إلى شخص آخر، فتتعارض بهذا الشكل حيازة تستند إلى تسليم رمزي مع حيازة تستند إلى تسليم فعلي. ومثال ذلك أن يتم بيع البضاعة إلى شخصين، ويتسلم كل منهما صورة من سند الإيداع، ويتمكن أحدهما من تسلم البضاعة فعلاً. وقد عالج المشرع هذه المشكلة في المادة/ ٩٢٠-٢، مفضلاً عند توافر حسن النية لدى الحائزين، الحيازة التي تستند إلى

(١) أنظر - مع ذلك - في خصوص تسليم مفاتيح الخزائن، حكم نقض ١٩٤٧/١/٣٠ (خلف ١٠٣٠-٤٠٢) وقد جاء فيه: «حيازة مفتاح الخزائن هي حيازة رمزية لتقول غير حاصل فعلاً في اليد، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هو في الخزنة. وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على أن تسليم المفتاحات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها، فإن هذا النص لا يعني أن كل من يحمل مفتاحاً لخزنة يكون ولا بد حائزاً لمحتوياتها، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتاً أن حامله مسلط على الخزنة مستأثر بالتصرف في فراغها، ومن ثم كانت المبرة في كل دعوى بطروفيها الواقعية، فحيث تدل هذه الظروف على أن حامل مفتاح الخزنة كان متسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا. وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأي في مسألة واقعية يستغل هو بتقديرها ولا يخضع قضاء فيها لرقابة محكمة النقض».

التسليم الفعلي، فنص في هذه المادة على أنه «إذا تسلم شخص هذه السندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة». أما إذا كان من تسلم المستندات هو وحده حسن النية فإنه يفضل على الآخر رعاية لحسن نيته.

٢٦٥ = هذا وتتميز الخلافة الخاصة في الحياة بأنها تعد بدءاً لحياة جديدة، وليست استمراراً للحياة السلف. والقول - من ثم - بأنها تنتقل من السلف إلى الخلف الخاص، اتباعاً لصياغة النصوص، هو قول «يتضمن تجاوزاً في التعبير تلمية سهولته»^(١). وينبنى على كون حياة الخلف الخاص حياة جديدة أنها لا تنقيد بالصفة التي كانت لحياة السلف، ولا تمتد، كذلك، إليها عيوبها.

٢٦٦ = على أنه، بالرغم من أن حياة الخلف الخاص تعتبر حياة جديدة، إلا أن المشرع أجاز له «أن يضم إلى حياته حياة سلفه، في كل ما يرتبه القانون على الحياة من أثره (م/٩٢١). وهو حكم يظهر أهميته على الأخص، حين يكون الأثر المناط بالحياة مما يقتضي أن تستمر هذه الأخيرة فترة من الزمن فيما يعرف في الاصطلاح بالتقادم. مع ملاحظة أنه، عند الضم، ينظر إلى الحياة التي انضمت بصفاتها كما كانت عند السلف»^(٢).

(١) محمود جمال الدين زكي، بند/٢٩٤.

(٢) انظر للمذكرة الإيضاحية تعلقاً على المادة/٩٢١.

المبحث الثالث

زوال الحيازة Perte de La Possession

تمهيد:

٢٦٧ - لما كانت الحيازة لا تقوم - كما بينا - إلا باجتماع عنصرها المادي والمعنوي ، فإنها لذلك تزول إذا تخلى الحائز عنها بعنصرها أو فقد أحد هذين العنصرين :

زوال الحيازة بالتخلي الاختياري عنها بعنصرها :

٢٦٨ - قد تزول الحيازة بالتخلي الاختياري عنها بعنصرها . وهذه هي الطريقة الغالبة لزوال الحيازة . وهي تتحقق في حالتين : الأولى ، حالة ما إذا نقل الحائز حيازته إلى غيره بالاتفاق ، على نحو ما ورد في النصوص المتعلقة بانتقال الحيازة^(١) ، كما لو باع الحائز الشيء الذي يحوزه ، باعتباره مالكا ، أو وهبه ، وسلمه إلى المشتري أو الموهوب له . والحالة الثانية : إذا ما تخلى الحائز عن الشيء بنية تركه دون أن ينقل حيازته إلى غيره . ويتفق مع حكم هذه الحالة بالنسبة للمنقولات - ما نصت عليه المادة ٨٧٦ من أن «يصبح المنقول مباحا إذا تخلى عنه مالكة بنية النزول عن ملكيته» .

زوال الحيازة بفقدان الحائز لعنصرها المادي :

٢٦٩ - تزول الحيازة كذلك ، بفقد الحائز ، بدون اختياره ، عنصرها المادي ، أو في عبارة أخرى ، إذا فقد سيطرته الفعلية على الشيء رغبا عنه . اللهم إلا إذا كان ذلك بسبب مانع وقتي (م/٩٢٢) . على أن في الأمر تفصيلا يختلف فيه زوال الحيازة ، لهذا السبب ، بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بحيازة عقار أو بحيازة منقول :

أ - بالنسبة للعقارات :

١ - لا تزول حيازة العقار إذا كفَّ الحائز من تلقاء نفسه عن مباشرة الأعمال المادية

(١) راجع سابقا بند /٢٥٨ وما بعده .

للحيازة، كانقطاعه عن سكنى المنزل، مادام أن بإمكانه في أي وقت - ودون عائق - أن يعود إلى مباشرة السيطرة المادية على الشيء^(١). ومادام أن نيته لم تتجه بهذا الكف إلى التخلي نهائياً عن حيازته الشيء. ويقال عندئذ أن الحائز يحتفظ بالحيازة عن طريق الركن المعنوي وحده^(٢).

ومن هذا يبين أن مباشرة الأعمال المادية فعلا هي شرط لازم لكسب الحيازة ابتداءً، أما بقاء الحيازة التي سبق كسبها فيكفي فيه إمكان مباشرة هذه الأعمال دون عائق، وهو ما يفترض ألا تعترض حيازة الحائز حيازة أخرى^(٣) تحول بينه والعودة في أي وقت إلى مباشرة السيطرة المادية على الشيء.

٢ - لا تزول حيازة العقار إذا حال بين الحائز ومباشرة السيطرة الفعلية على الشيء مانع وقتي يعتبر من قبيل القوة القاهرة، كاحتلال العدو لجزء من إقليم الدولة. أو كان تغمر مياه الفيضان الأرض لفترة من الوقت، بما يحول بين الحائز وزراعتها. . . الخ.

وقد نصت على هذا الحكم الفقرة ٢ من المادة ٩٢٢ حين استدركت على الأصل المقرر بفقرتها الأولى والقاضي بزوال الحيازة بتخلي الحائز عن سيطرته الفعلية على الشيء أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى، قائلة «ومع ذلك لا تزول الحيازة إذا حال دون السيطرة الفعلية مانع وقتي».

٣ - إننا تزول حيازة العقار، إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية بسبب سيطرة غيره على العقار^(٤)، سواء أكانت هذه السيطرة المناهضة نتيجة لسلب الحيازة من الحائز السابق^(٥)، أو نتيجة لمجرد تسلط الغير على العقار دون علم من الحائز. وفي الحالتين يتميز فقد

(١) وفي هذا المعنى، جاء في حكم لمحكمة التمييز أن «بعد ترك العين وإعمالها وعدم ممارسة أي حق عليها مهما يطل الزمن من غير أن يتعرض لها أحد ويقتصبها وينكر حق مالكها فيها فإنه لا يترتب عليه البتة. . . إسقاط حق مالكها. . . وتستمر الملكية للمالك إلى أن يجوزها حائز وتسنم يده عليها مستكملة الشرائط القانونية» تمیز ٥/٢١ من ١٩٨٤ طعن ٨٤/١ مدني (المجلة ١٢ (٢٤) - ١١ - ٢٨٣)، وفي نفس المعنى: تمیز ١٦/٥/١٩٨٤ طعن ٨٣/١٥٨ تجاري (المجلة ١٢ (٢٤) - ٣٠ - ١٣٦)، تمیز ٤/١/١٩٨٤ طعن ٨٣/٢٧ تجاري (المجلة ١٢ (١٤) - ٢ - ٣٣)، تمیز ٣١/٣/١٩٨٢ طعن ٨١/١١٤/١١٢ تجاري (المجلة ١١ (١٤) - ٣٠ - ٩٩)، تمیز ٤/٢١/١٩٨٢ طعن ٨١/٢٣٥، ٢١٣، ٨١/٢٣٥ تجاري (المجلة ١١ (١٤) - ٣٧ - ١٢٢).

(٢) انظر السهري ص/ ٨٠٢ بند ٢٦٣، وراجع في شروط ذلك: شاباس ص/ ٢١١ بند ١٤٧٢.

(٣) في هذا المعنى: الصده ص/ ٥٥٥ بند ٣٣٨.

(٤) (٥) انظر من تطبيقات القضاء الكويتي، تمیز ٢٩/٥/١٩٨٥ طعن ٨٤/٢٢١/١١٨ تجاري (المجلة ١٣ (٢٤) - ٤٣ - ١٨٩).

الحيازة بأنه يقترب بحيازة جديدة لذات الشيء يكسبها الحائز الجديد^(١)، وهي ما أسميناها بالحيازة المناهضة.

غير أن المشرع لم يترك الحائز السابق دون حماية، وإنما حوله دعوى يمكنه بها استرداد حيازته خلال ثلاث سنوات، تبدأ من وقت فقدان الحيازة بسلبها من الحائز، فإن كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان هذه المدة من يوم انكشافه (م/٩٢٤). فإذا نجح في هذه الدعوى واسترد الحيازة عادت إليه حيازته غير منقطعة، أو كما عبرت المادة/٩٢٢-٢ اعتبرت أنها لم تزول أصلاً. أما إذا انقضت المدة دون أن يرفع الدعوى زالت حيازته نهائياً واعتباراً من يوم فقدها. ولذلك ينظر بعض الشراح إلى الحيازة المناهضة - خلال المدة التي يمكن فيها رفع دعوى الاسترداد - على أنها مانع وقفي^(٢) يحول دون زوال حيازة الحائز الأصلي متى تم له في النهاية استرداد حيازته.

ب - بالنسبة للمنقولات:

١ - لا تزول حيازة المنقول بدورها، إذا حال بين الحائز ومباشرة السيطرة الفعلية عليه مانع وقفي يعتبر من قبيل القوة القاهرة، كتعطل سيارة بسائقها في منطقة نائية، مما يضطره لتركها مؤقتاً ريثما يعود لإصلاحها.

٢ - وينتج رأي في الفقه إلى أن حيازة المنقول يمكن أن تزول بفقد عنصرها المادي وحده، إذا استولى الغير على المنقول محل الحيازة، فانتقلت إليه السيطرة الفعلية عليه (كما في حالة السرقة)، أو إذا خرج الشيء مادياً من حيازة الحائز بدون فعل الغير (كما في حالة الفقد أو الضياع). ففي الحالتين لم يعد الحائز يستطيع مباشرة السيطرة المادية على المنقول فيؤدي ذلك إلى فقدانه لحيازته «ولا يجديهِ أن يظل محتفظاً بالعنصر المعنوي، إذ أن النية لا تكفي وحدها للاحتفاظ بالحيازة»^(٣). أما البعض الآخر من الشراح فيرون أن سرقة الشيء أو فقده، إنما تعد من الموانع المؤقتة التي تحول دون زوال حيازة المنقول. وتظل هذه الموانع قائمة إلى أن يزول العنصر المعنوي لدى الحائز السابق، بفقده الأمل في العثور على الشيء، أو إلى أن يجوز المنقول شخص آخر حيازة

(١) في هذا المعنى، الصده ص/٥٥٣/بند/٣٣٨.

(٢) أنظر محمد علي عرفه بند/٨٢، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٣٠٠، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٦ وهامش/٥.

(٣) الصده ص/٥٥٣، بند/٣٣٨ وفي نفس المعنى السهوري ص/٩٠١، بند/٣١٠، شاباس ص/٢١١/بند/١٤٧٢.

قانونية صالحة لترتيب آثار الحياة^(١). ونحن نؤيد الاتجاه الأخير خاصة وأنه الذي يستجيب وعمومية نص المادة/٢٢-٩ التي تقضى بأن الحياة لا تزول وإذا حال دون السيطرة الفعلية مانع وقتي» بغير أن تفرق بين عقار ومنقول.

ج- زوال الحياة بفقد الحائز عنصرها المعنوي:

٢٧٠ - ونزول الحياة كذلك، بفقد عنصرها المعنوي وحده، مع بقاء عنصرها المادي. ويتحقق ذلك إذا فقد الحائز ما كان لديه من نية في أن يعمل على الشيء محل الحياة لحساب نفسه، في الوقت الذي يبقى لديه فيه العنصر المادي، حيث يظل يسيطر على الشيء سيطرة مادية ولكن لحساب غيره الذي أصبح يتخلفه في الحياة^(٢). فتتقلب حياته - والحال كذلك - إلى مجرد حياة عرضية^(٣) مثال ذلك أن يتصرف الحائز في الشيء ولكنه يستمر، بالاتفاق مع المتصرف إليه، واضعاً يده عليه بصفته مستأجراً.

(١) من هذا الرأي: محمد عل عرفه بند/٨٦، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٣٠٠، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٦، محمد لبيب شنب ص/١٤٨ بند/١٤٩ وهامش/٣٢.

(٢) أنظر في هذا المعنى: السنهوري ص/٩٠٢ بند/٣١١، الصلح ص/٥٥٥ بند/٣٣٨، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٦، ومن الفقه الفرنسي: رينو ص/١٨، ١٩ بند/١٨، شاباس ص/٢١٠ بند/١٤٧١.

المبحث الرابع

آثار الحيازة

تحديد، وتقسيم :

٢٧١ - تتعدد الآثار القانونية التي تترتب على الحيازة، بما جعل من هذه الأخيرة نظاما بالغ الأهمية في التشريعات المعاصرة.

وبعض هذه الآثار ترتبه الحيازة لذاتها، أي دون حاجة لأن تستمر هذه الحيازة لفترة من الزمن، بما يمكن معه أن نصفها بالآثار الفورية للحيازة. فيما يكون البعض الآخر من الآثار رهن استمرار الحيازة لفترة من الزمن فيما يعرف في الاصطلاح بـ «التقادم». ونخصّص لكل من آثار الحيازة لذاتها، وآثار الحيازة الممتدة في الزمن (التقادم) مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

الآثار التي ترتبها الحيازة لذاتها

تعداد الآثار الفورية للحيازة، تقسيم :

٢٧٢ - تترتب على الحيازة بذاتها (أي دون حاجة إلى أن تمتد لفترة من الزمن) آثار قانونية متعددة :

ففضلاً عن كونها سند الحائز في رفع دعوى الاسترداد (المقررة له بالمادة/٩٢٤)^(١) إذا سلبت منه حيازته (مما أخرجه من إطار هذه الدراسة)، تلعب الحيازة دوراً هاماً من حيث كونها قرينة على الحق. كما أنها سبب يكسب الحائز ثمار الشيء محل الحيازة، ويخوله حق استرداد ما أنفق من مصروفات على هذا الشيء. كما أن للحيازة أثرها فيما يتعلق بأحكام تبعة هلاك الشيء محلها. أما أخطر آثارها فهو صلاحيتها لأن تكون - بذاتها -

(١) أما حق رفع دعوى منع التعرض (المقررة للحائز بالمادة/٩٢٧) أو دعوى وقف الأعمال الجديفة (المقررة للحائز بالمادة/٩٢٨)، فآثار حيازة يجب أن تكون قد استمرت مدة ثلاث سنوات على الأقل.

سببا لكسب ملكية المنقول وإسقاط التكاليف والقيود العينية الواردة عليه .
ونعالج هذه الآثار تباعا، نخصص لكل منها فرعاً مستقلاً .

الفرع الأول

الحيازة كقرينة على الملكية (أو الحق العيني الآخر)

أهمية هذا الدور:

٢٧٣ - جعل المشرع من الحيازة في ذاتها قرينة على وجود الحق الذي يظهر الحائز بمظهر صاحبه، ملكية كان هذا الحق أو حقاً عينياً آخر. فهادام الظاهر أن الحائز هو صاحب الحق، فالقانون يفترض أن هذا الظاهر يمثل الحقيقة، وعلى من يدعي خلافه أن يثبت ما يدعيه . فتنص المادة/٩٢٣ على أن: «من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق، ما لم يثبت العكس» .

وواضح من الاستدراك الأخير أننا بصدد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس . ويدعونا لهذا التنويه لفت الانتباه إلى أن المشرع ينظم قرينة أخرى أقوى من هذه في إثبات الملكية أو الحق العيني الآخر، إذا استمرت الحيازة مدة خمس عشرة سنة، حيث يجعل من هذه الحيازة دليلاً على الحق لا يمكن دحضه، ويحكم للحائز بهذا الحق، إذا أنكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه ولو لم يبين سبب كسبه، على ما سنبينه تفصيلاً في موضع لاحق^(١) .

وكون الحيازة في ذاتها قرينة على الحق ولو كانت قرينة قابلة لإثبات العكس، هو أثر للحيازة له كل أهميته . ولا تقتصر فائدته على تحقيق مصلحة الحائز الذي قد يكون غير صاحب الحق، وإنما تمتد فائدة القرينة المقررة بالمادة/٩٢٣ لتحقيق أيضاً مصلحة صاحب الحق نفسه، وكثيراً ما يكون الحائز هو صاحب الحق . إذ ليس يخفى أن إثبات الملكية، وبخاصة الملكية العقارية، تكتنفه صعوبات كبيرة . وبمقتضى هذه القرينة يعتبر الحائز مالكا، فتقبله القرينة، على هذا النحو، من عبء إثبات ملكيته إذا ما نازعه غيره فيها، وتلقي على عاتق هذا الغير (خصم الحائز) إقامة الدليل على أنه هو مالك الشيء، لا حائزه .

(١) انظر لاحقاً بند/٣٠٩ .

الفرع الثاني

حق الحائز في ثمار ومنافع الشيء محل الحياة

الخروج على الأصل لمصلحة الحائز حسن النية :

٢٧٤ - تنور مسألة استحقاق الثمار عندما يثبت أن الحائز ليس هو صاحب الحق الذي كان يعتقد أنه له على الشيء الذي يحوزه، ويسترد صاحب الحق الشيء من الحائز.

وكان المفروض، طبقاً للأصل، أن تكون ثمار الشيء ومنافعه لصاحب الحق فيه الذي استرده من الحائز. ولكن المشرع خرج على هذا الأصل لمصلحة الحائز الذي قبض ثمار الشيء أو حصل منافعه وهو حسن النية يعتقد وقت القبض أنها من حقه لأنه كان يعتقد إذ ذاك أنه صاحب الحق في الشيء الذي ينتجها، فنص في المادة/٩٢٩-١ على أن «الحائز الشيء الحق فيها يقبضه من ثماره وما يحصل عليه من منفعة مادام حسن النية».

ويؤجّه هذا الخروج الاستثنائي على القاعدة العامة، اعتبارات متعددة تنفرع جميعاً على فكرة العدالة. فالحائز تان له دور في إنتاج هذه الثمار، فهي ثمرة جهده إيمان حيازته للشيء الذي ينتجها. ومطالبته بردها - والعادة أنه يستهلكها أولاً بأول من حيث يعتقد أنها له - فيها إرهاب شديد له، إن لم نقل مع البعض تؤدي «إلى خرابه»^(١). وبينه، وهو الحسن النية الذي لا يمكن أن يؤخذ عليه ثمة خطأ، والمالك المهمّل الذي ترك الشيء تحت يده، يميل ميزان العدل إلى جانبه، مبرراً له أن يحتفظ بالثمار درءاً للضرر عنه، ومانعاً المالك المهمّل من استردادها منه^(٢).

٢٧٥ - ويشترط لإعمال هذا الحكم الاستثنائي :

- ١ - أن يحوز الحائز الشيء الذي يغل الثمار حيازة قانونية مستكملة لعنصرها المادي والمعنوي، خالية من العيوب بالنسبة لمن يتمسك في مواجهته بكسب الثمار.
- ٢ - أن يكون الحائز قبض الثمار أو حصل المنفعة. وقد حدد المشرع متى تعتبر الثمار

(١) أنظر محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٩ عن يودان.

(٢) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي الموضع السابق، الصده ص/٧١٢، ٧١٣ بند/٤٣٧.

مقبوضة، حين فرق في هذا الصدد بين الثمار الطبيعية أو المستحدثة من جهة وبين الثمار المدنية، فاعتبر الأولى مقبوضة «من يوم فصلها»، حين اعتبر الثانية مقبوضة «يوما فيوما» وجعل الحصول على المنفعة - من هذه الناحية - كقبض الثمار المدنية (م/ ٢٩٩-٢٠٠). وقد سبق أن بينا في مواضع سابقة، معنى الثمار، وأنواعها، والفرق بينها وبين المنتجات. فنحيل في تفاصيل ذلك إلى هذه المواضع^(١).

٣ - أن يكون الحائز حسن النية وقت قبض هذه الثمار أو تحصيل هذه المنفعة. ويقصد بحسن النية هنا معنى أكثر تشددا منه في حسن النية في الحيازة بوجه عام أو حتى في خصوص تملك المنقول بالحيازة^(٢). إذ المقصود به هنا «أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة، وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكها انتقالا صحيحا باتا، فأصبح هو المالك للعين، وتبعاً لذلك أصبح مالكا للثمار»^(٣)، وهو ما يتقضي، إذا كان سند من تلقى الحق منه يعتبره عيب^(٤) هو يعلم به، أو كان سنده هو في حيازته للشيء معيبا بعيب من شأنه ألا يغوله حقا في الثمار^(٥) وهو يعلم بذلك^(٦). لأن اعتقاده في هذه الأحوال بأنه مالك للشيء ملكية باتة تغوله الحق في الثمار، إن صحّ تصويره، يكون مبنيا على خطأ جسيم.

٢٧٦ - ويجب أن يتوافر حسن النية على الوجه الذي بيناه في الوقت الذي يقبض فيه الحائز الثمار أو يحصل فيه المنفعة^(٧)، وليس يكفي أن يكون حسن النية وقت بدء الحيازة. فإذا ولى قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية في كل مرة يقبض الثمار فيها وإلا فلا حق له فيها يقبضه منها بعد مازال عنه ما كان لديه من حسن النية^(٨).

(١) راجع سابقا بند/ ٦٥٠.

(٢) راجع لاحقا بند/ ٢٩١.

(٣) السهوي ص/ ١١٧٨ بند/ ٤٦٤.

(٤) كبطالان أو قابلية للإبطال أو الفسخ أو الرجوع، أو حتى كون ملكية من تلقى الحق منه محل نزاع في دعوى ملكية أمام القضاء وهو يعلم بذلك.

(٥) كما لو كان سندا باطلا أو صوريا أو ظنيا.

(٦) وأما إذا كان السند من شأنه أن يغوله الحق في الثمار، ولكنه مشوب بما قد يؤدي إلى زواله، بأن كان قابلا للإبطال أو الفسخ أو نحو ذلك، فإن علم الحائز بعيوره لا يستبعد حسن النية لديه الصده ص/ ٧١٦ بند/ ٤٤٢ مادام أنه وقت قبض الثمار لم يكن السند قد زال.

(٧) في هذا المعنى شاباس ص/ ٢٨٥ بند/ ١٥٧٠، الذي يقول أن حسن النية الواجب في الحائز، لكسب الثمار، يقتضي اعتقادين: أولا اعتقاده بأن من تلقى عنه الحق كان مالكا، وثانيا اعتقاده بأن السند الذي تلقى به هو الحق كان سندا صحيحا *regulier*.

(٨) (٩) في هذا المعنى: شاباس ص/ ٢٨٥ بند/ ١٥٧٠.

٢٧٧ = والمفروض أن الحائز حسن النية حتى يثبت المالك سوء نيته، إذ أن حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس (م/٩٤-٢).

٢٧٨ = فإذا توافرت هذه الشروط، كان للحائز ما قبضه من ثمار أو ما حصله من منفعة. لكن حقه لا يمتد إلى منتجات الشيء، إذ تظل هذه الأخيرة للمالك دائما.

٢٧٩ = ويلاحظ أنه لم يرد من بين ما ذكرنا من شروط، شرط استناد الحائز في حيازته إلى سبب صحيح، كما تقتضي قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز على ما سنراه^(١).

ومع ذلك فإن السبب الصحيح، إن لم يكن مُستلزما كشرط مستقل لإمكان كسب الثمار، إلا أنه في الواقع يصعب تصور حسن نية الحائز ما لم يكن يعتقد على الأقل أنه يستند في حيازته إلى سبب بخوله الحق في قبض ثمار الشيء. فلاعتقاد بوجود هذا السند داخل في تكوين حسن نية الحائز^(٢).

٢٨٠ = وإذا أصبح الحائز سيء النية، بعد إذ كان حسن النية في أول الأمر، فإنه يكون «مستولا من وقت أن يصبح سيء النية عن المنفعة التي حصل عليها والثمار التي قبضها أو قصر في قبضها»، وإن جاز له «أن يسترد ما أنفقه في إنتاج الثمار» (م/٩٣٠).

(١) راجع لاحقا بند/٢٩٢ وما بعده.

(٢) راجع في معنى أن السبب الصحيح، فيما يتعلق بكسب الثمار «لا يعتبر شرطا مستقلا عن حسن النية»، الصلدة ص/٧١٥ بند/٤٤٢، محمود جمال الدين زكي بند/٢٩٩، شاباس ص/٢٨٦ بند/١٥٧٢.

الفصل الثالث

حق الحائز في استرداد بعض المصروفات

وضع المسألة :

٢٨١ - إذا استرد المالك ملكه من الحائز، وكان هذا الأخير قد أنفق على الشيء مصروفات وقت أن كان في حيازته، تثار مسألة ما يحق لمن كان حائزا أن يسترده مما أنفق. وهو ما عرض له المشرع في المادتين/٩٣١، ٩٣٢. وتنقضى الأولى بأنه :

١ - على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية.

٢ - وتسرى في شأن المصروفات النافعة أحكام المادتين/٨٨٢، ٨٨٣.

٣ - وليس للحائز أن يطالب بشيء من المصروفات الكيالية. وللمالك أن يستقي ما استحدثه الحائز من منشآت بقيمتها مستحقة الإزالة، فإن لم يطلب ذلك كان للحائز أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى دون ضرر.

أنواع المصروفات وحدود حق الحائز في الاسترداد :

٢٨٢ - وبمقتضى نص المادة/٩٣١ السابق يجب، في تحديد مدى حق الحائز في استرداد ما أنفق على الشيء من مصروفات وقت أن كان في حيازته، التفرقة بين ثلاثة أنواع منها :

أ - المصروفات الضرورية : ويقصد بها تلك التي كان إنفاقها لازما لوقاية الشيء، من الهلاك أو التلف. كمصروفات تقوية أساسات المنزل ومصروفات ترميم السقف، ومصروفات علاج حيوان مريض. الخ. وهذه يلزم المالك بردها كاملة إلى الحائز حتى ولو كان هذا الأخير سيء النية، لأن المالك ما كان هو نفسه إلا لينفقها. وفي إنفاق الحائز لها ما حافظ عليها للمالكها.

ب - المصروفات النافعة : وهي تلك التي أنفقها الحائز، لا لوقاية الشيء من الهلاك

أو التلف، وإنشأ لتحسين منفعة: كإصلاح الأرض لجعلها أكثر إنتاجاً في الزراعة، وتركيب مصعد للمنزل، وتركيب ماكينة ضخ مياه لرفع المياه إلى الأدوار العليا. . . الخ. وهذه أمال المشرع فيها إلى الأحكام الخاصة بالاتصاف المقررة بالمادتين/ ٨٨٢، ٨٨٣ سابقتي الدراسة^(١). وإعمالاً لهذه الأحكام:

- إذا كان الحائز شيء النية^(٢) كان المالك الشيء أن يطلب إزالة التحسينات التي أحدثها الحائز على نفقة هذا الأخير، مع التعويض إن كان له وجه، وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحداثها، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مازاد بسببها في قيمة الشيء (م/ ٨٨٢).

- أما إذا كان الحائز حسن النية^(٣)، كان المالك الشيء الخيار بين أن يدفع له قيمة ما أنفقه فعلاً (متمثلاً في قيمة المواد وأجرة العمل)، أو أن يدفع له مازاد في قيمة الشيء بسبب ما استحدث فيه من تحسينات. ما لم يطلب الحائز نزع هذه التحسينات.

جـ - المصروفات الكمالية: وهي التي لا تزيد من منفعة الشيء وإن كانت تؤدي إلى تحميته، فهي مصروفات أنفقها الحائز من أجل متعة شخصية. كذلك التي تنفق في أعمال الزخرفة والنقوش. . . الخ. وهذه لا يلزم المالك برد شيء منها. ولكنه إذا اختار استبقاء ما استحدثه الحائز - يلتزم بدفع قيمته مستحقة الإزالة. فإذا لم يرغب في استبقائه، يكون للحائز أن ينزع ما استحدثه، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى دون ضرر.

حق الحائز في استرداد ما أذاه لسلفه مما أنفقه الأخير من مصروفات:

٢٨٣ - عرضت المادة/ ٩٣٢ لحالة ما إذا كان الحائز الذي يُسترد منه الشيء سبق أن انتقلت إليه الحياة من حائز آخر، وكان قد أدى إلى سلفه شيئاً من المصروفات، فنصت على أن المالك الذي يُرد إليه ملكه يجب عليه أن يؤدي للحائز ما سبق أن أذاه هذا الحائز إلى سلفه من مصروفات وذلك في حدود ما يُلزم به المالك وفقاً للمادة/ ٩٣١.

سلطة المحكمة في تيسير أداء المصروفات على المالك:

٢٨٤ - فإذا ما ثبت حق الحائز في استرداد المصروفات، سواء التي أنفقها بنفسه

(١) أنظر سابقاً البند ٧٦ وما بعده.

(٢) راجع في مفهوم سوء النية، سابقاً بند/ ٧٦.

(٣) راجع في مفهوم حسن النية، سابقاً بند/ ٨٨.

(م/٩٣١) أو التي أداها لسلفه، الحائز السابق (م/٩٣٢)، ومن ثم التزم المالك بدفعها، جاز للمحكمة، بناء على طلب المالك، أن تقرر ما تراه مناسباً للوفاء بهذه المصروفات. ولها أن تقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية (م/٩٣٣).

الفرع الرابع

مستولية الحائز عن هلاك الشيء المحوز أو تلفه

٢٨٥ = عرضت المادة/ ٩٣٤ لمستولية الحائز، قبل من يستحق الشيء، عن هلاكه أو تلفه أثناء حيازته، مفرقة، في ذلك، بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية.

فالاول لا يكون مسئولاً عن الهلاك أو التلف، «إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف» كما لو كان حصل على تعويض من الغير المتسبب في الهلاك والتلف أو على مبلغ التأمين. فإن لم تعد عليه ثمة فائدة من الهلاك أو التلف، لا يكون ملزماً بشيء قبل مُستحق الشيء.

وعلى العكس مما يذهب إليه بعض الشراح^(١) نرى مع البعض الآخر^(٢) وما ذهب إلىه كذلك المذكرة الايضاحية، أن الحائز حسن النية لا يكون مسئولاً عن الهلاك أو التلف تجاه مُستحق الشيء ولو حدث شيء من ذلك بتقصير منه، لأن قصر الإعفاء من المسئولية على حالة الهلاك أو التلف الذي يحدث بسبب أجنبي لايد للحائز فيه (كما يعتقد أنصار الرأي العكسي) يجعل من نص المادة/ ٩٣٤ لغواً. هذا إلى أن الحائز حين قصر - بالفرض - في حفظ الشيء مما عرضه للهلاك أو التلف كان يعتقد إذ ذاك أنه له، ويجب تقدير سلوكه على هذا الأساس. فيصعب، من ثم، اعتباره مخطئاً حتى نقول بمسئوليته عن الهلاك أو التلف طبقاً للقواعد العامة^(٣).

أما الحائز سيئ النية فهو مسئول عن الهلاك أو التلف حتى ولو كان ذلك ناشئاً عن قوة قاهرة، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان في يد من يستحقه. شأن الحائز في ذلك شأن المدين بتسليم شيء إذا هلك محل الالتزام في يده بعد إعداره بتسليمه (م/ ٢٨٧-١، ٢). «على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعه ذلك تكون على السارق» (م/ ٢٨٧-٣)، فلا يستطيع هذا (أي الحائز) أن يتحلل من هذه التبعة ولو تبين أن الشيء كان يهلك أيضاً لو بقي في يد من يستحقه.

(١) من هذا الرأي: السنهوري ص/ ٩٧٨ بند/ ٣٦١، محمود جمال الدين زكي بند/ ٣٠٠، إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص/ ٢٢٣ بند/ ٢١٣.

(٢) من هذا الرأي: الصده ص/ ٧٢٤ بند/ ٤٥٠، البدراري ص/ ٢٩٧ بند/ ٢٠٧، منصور مصطفى منصور ص/ ٤٥٦.

(٣) وفي هذا المعنى يقول البدراري أن «من يجوز الشيء وهو يعتقد أنه مملوك له لا يكون مطالباً بالحفاظه عليه» الموضع السابق.

الفرع الخامس

أثر الحيازة في إكساب ملكية المنقول وفي إسقاط التكاليف والقيود العينية الواردة عليه

الدور المزدوج للحيازة في المنقولات (الأثر المكسب، والأثر المسقط)، تقسيم :

٢٨٦ - للحيازة في المنقول أثر مُكسب وآخر مُسقط. فهي من ناحية، تؤدي إلى إكساب الحائز، في الحال، الملكية أو الحق العيني الآخر، على المنقول الذي تلقاه، بحسن نية وبسبب صحيح، من غير مالكة. كما أنها تؤدي - من ناحية أخرى - إلى إسقاط التكاليف والقيود العينية التي كانت على المنقول فلا يُحتج بها في مواجهة الحائز متى كان هذا، وقت بدء الحيازة، حسن النية وتلقي المنقول بموجب سبب صحيح على أنه خالٍ من هذه التكاليف أو القيود.

وهذا الأثر المزدوج عبرت عنه المادة/٩٣٧ حين نصت على أن :

١ - من حاز بسبب صحيح منقولا أو سنداً لحامله، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، وكان حسن النية وقت حيازته، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة.

٢ - فإذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصاً منها.

ولما كان المشرع، كما سنرى، اعتبر «الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية» (م/٩٣٨) لدى الحائز^(١)، وكان الأثر الأهم للحيازة هو إكساب الحائز ملكية المنقول، فقد شاع التعبير: «الحيازة في المنقول سند الملكية». لكن أهمية هذا الدور لا يصح أن تنسبنا ماقد تؤدي إليه حيازة المنقول من كسب حقوق عينية أخرى غير الملكية، وماقد يترتب عليها من أثر مسقط للتكاليف أو القيود العينية.

لذلك يكون من الأدق أن يُصاغ التعبير السابق، بالقول بأن: «الحيازة في المنقول

(١) ما لم يعم الدليل على عكس ذلك (م/٩٣٨).

سند الحائزة^(١) أي مسوَّغه في كل ما يدَّعيه مما يترتب على الحيازة من : أثر مكسب (الملكية أو حق عيني آخر) أو أثر مسقط . كما أنها دليله في إثبات حسن نيته ووجود السبب الصحيح لديه إلى أن يقوم خصمه بإثبات العكس .

ونعالج فيما يلي كلا من الأثر المكسب والأثر المسقط ، للحيازة في المنقولات ، في محور مستقل .

(١) En Fait de meubles la possession vaut titre.

(٢) راجع في التطور التاريخي لهذه القاعدة : رينر الصفحات من ٤٨٩ - ٤٩٠ والمراجع المعنية المشار إليها في هوامشها ، شاباس ص/ ٢٥٠ وما بعدها البتود من ١٥١٩ - ١٥٢٣ ، السنهوري الصفحات من ١١١٧ - ١١٢٠ بند/ ٤٤٦ ، الصلح ص/ ٦٨٢ ، وما بعدها بند/ ٤١٠ .

المحور الأول

الأثر المكسب للحيازة في المنقولات

كسب الملكية أو الحق العيني الآخر على المنقول (قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية):

٢٨٧ - إن أخطر الآثار التي تترتب على الحيازة لذاتها، أي دون لزوم امتدادها في الزمن لمدة معينة، هو صلاحيتها، في مجال المنقولات، لأن تكون سببا لكسب الحائز ملكية المنقول أو الحق العيني الآخر عليه من وقت الحيازة، رغم كونه تلقاه من غير مالكه، بحيث يستطيع الحائز أن يستند إلى مجرد الحيازة، لدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك الحقيقي للشيء، فتعصمه الحيازة على هذا النحو من استرداد الشيء منه. ولا يبقى أمام المالك الحقيقي، وقد فقد ملكيته أو حقه العيني على المنقول، إلا أن يرجع على من تعامل مع الحائز فيه على أنه مالكه أو صاحب الحق العيني عليه، بالتعويض طبقا للقواعد العامة. ويقال - تعبيرا عن هذا الأثر - أن القاعدة هي أن الحيازة في المنقول سند الملكية.

وتجسد هذه القاعدة مبررها في ضرورة حماية من يتعامل في المنقول مع غير مالكه وهو حسن النية، لأن التعامل في المنقولات يتم في الحياة اليومية على نحو من السرعة بحيث لا يتحرى - عادة - من يتعامل في هذه المنقولات، التحقق من سند ملكية المتصرف. ولو تطلبنا من كل من يتعامل بشأن هذه المنقولات - خاصة وأنها في الغالب قد لا تكون لها قيمة العقارات - أن يجري هذا التحقيق، لترتب على ذلك شل حركة التعامل^(١).

لذلك لم يجد المشرع الكويتي مفرًا من الأخذ بهذه القاعدة، ومن ثم قبول أثر الحيازة في إكساب ملكية المنقول، نزولاً على هذه الاعتبارات العملية التي لا يمكن تجاهلها، رغم اعترافه بأن فقه الشريعة الإسلامية لا يقر هذا الأثر. فجاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٩٣٧ ما نصه: «وقد رؤى أن القواعد التي قال بها فقهاء الشريعة

(١) لمزيد من التفاصيل في مبرر هذه القاعدة راجع: شاباس ص/٢٤٩ وما بعدها بند/١٥١٦، رينو ص/٤٩٣، ٤٩٤ بند/٣٩٢.

وخاصة المالكية، في شأن حيازة المنقول، لا تناسب متطلبات التعامل في مجتمعنا الحالي حيث تكثر المعاملات ويتم بسرعة لا تحتمل التوقف للحصول على الدليل الذي يمكن الاستناد إليه إذا ما ثارت المنازعة حول صاحب الحق على المنقول، فلو تطلبنا من كل من يتعامل في شأن المنقول، كمن يشتريه أو يرهته أن يتحقق أولاً من أن المتصرف هو المالك لترتب على ذلك شل حركة التعامل. ولهذا أخذ (المشروع) بأحكام حيازة المنقول في القوانين الوضعية الحديثة».

شروط إعمال الأثر المكسب للحيازة في المنقول:

٢٨٨ - ويتضح من نص المادة/٩٣٧ سالف الذكر أن ما يكسب الملكية أو الحق العيني الآخر على المنقول، هو: الحيازة، المقترنة بحسن النية والسبب الصحيح. فثلاثة شروط إذن يجب توافرها لإعمال الأثر المكسب للحيازة في المنقولات، نفصلها على النحو التالي:

أولاً: الحيازة:

٢٨٩ - ويشترط فيها هنا:

١ - أن تكون حيازة قانونية مستكملة لركبتها (أو عنصرها) المادي والمعنوي وأن تكون خالية من العيوب^(١). صحيح أن الشرط الأخير ربما يفقده حكمته وجود قواعد أخرى تستغفره حتى ليتمكن الاعتقاد بأنها تغني عنه: فالإكراه مثلاً (كعيب في الحيازة) ينطوي - في مجال المنقولات - على سرقة المنقول وهذه لها حكمها الخاص، كما أنه يستبعد حسن النية لدى الحائز وهو شرط قائم بذاته لإعمال الأثر المكسب للحيازة. والخفاء يثير - بدوره - مسألة سرقة المنقول وحسن نية الحائز. واللبس يثير البحث فيها إذا كانت الحيازة قانونية أم مجرد حيازة عرضية^(٢).

(١) وقد جاء في حكم النقض تعبيراً عن هذا المعنى، وتفصيلاً له أن: «الحيازة لا تعتبر سنداً للملك في المنقول... إلا إذا كانت فعلية، بنية التملك، بريئة من شائبة الغموض واللبس. وهي لا تكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشيء المحوز في مكانة الحائز وتمت تصرفه. ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصيلاً يجوز لنفسه لا لغيره. ولا تكون بريئة من اللبس والغموض إلا حيث تخلص اليد واحدة لا تخالطها يد سواها مخالطة تثير الشك في انفادها بالتسلط على الشيء والتصرف فيه» في ١٩٤٧/١/٣٠ (خلف ١٠٢٥ - ٤٠٠).

(٢) راجع في معنى هذه الملاحظات: رينو ص/٤٩٥، ٤٩٦ بند/٣٩٣، شاباس ص/٢٥٦ بند/١٥٣١، وانظر أيضاً: chv. 2/2/1965 Bull T. 1 No. 92.

لكن ليس ما يمنع ، في الحقيقة ، من أن مسألة معينة تتكفل بها أكثر من قاعدة^(١) ولذلك فإن وجود قواعد أخرى تتكفل بالأمر التي تنطوي عليها عيوب الحياة ، ليس من شأنه أن ينفي وجوب توافر الشروط التي يتطلبها القانون في الحياة . فالحياة المنتجة لأثارها في هذا الصدد هي الحياة القانونية البريئة من العيوب^(٢).

٢ - أن تكون حياة فعلية^(٣) وهي التي تتحقق بتسلم المنقول ماديا فلا يكفي لترتيب الأثر المكسب للحياة مجرد الحياة الحكيمة . فمن يشتري - مثلا - منقولا من غير مالكة وهو حسن النية ، ولا يتسلمه من البائع وإنما يتركه تحت يده على سبيل الإيجار أو الرديعة ، لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بالأثر المكسب للحياة^(٤).

كما لا يكفي لترتيب الأثر المكسب مجرد الحياة الرمزية كما لو تسلم الحائز مفتاح الخزانة التي يوجد بها المنقول^(٥). وعلى هذا التشدد في مفهوم الحياة المؤدية لإعمال الأثر المكسب ، الغالبية العظمى من الشراح^(٦). وبرره خطورة النتائج التي ترتب عليه ، حيث يكسب الحائز الملكية (أو الحق العيني الآخر) في الحال ويضحي بمصلحة المالك الحقيقي^(٧).

لكن البعض^(٨) يستثنى من عدم كفاية الحياة الرمزية في هذا الصدد ، ما نص عليه المشرع ، عل الأخص ، من أن تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن ، يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها^(٩) فيرون - إعمالا

(١) (٢) الصلح ص/٦٩٣ بند/٤١٧.

(٣) أنظر في هذا الشرط ، وفي مفهومه ، حكم نقض ١٩٤٧/١/٣٠ سابق الإشارة إليه .

(٤) لكن التسليم باليد القصيرة (أنظر في معناه سابقا بند/٢٦٣) يعتبر هنا ناقلا للحياة الفعلية فيصح التمسك به لإعمال الأثر المكسب للحياة . كما لو اشترى المستاجر المنقول المؤجر من غير مالكة .

(٥) أنظر حكم نقض ١٩٤٧/١/٣٠ سابق الإشارة إليه ، حيث لا يرى في حياة مفتاح الخزانة دليلا قاطعا بذاته على حياة ما هو في الخزانة ، وإنما يتوقف الأمر عن الظروف الواقعية لكل حالة . وقارن - السنهوري ص/١١٣٤ بند/٤٤٣ حيث يرى أن تسلم الحائز مفتاح الصندوق بحيث يستطيع الاستيلاء على ما أودع فيه من منقول في أي وقت شاه يعتبر حياة حقيقية لهذا المنقول .

(٦) من هذا الرأي السنهوري ص/١١٣٣ بند/٤٤٣ ، الصلح ص/٦٩٢ وما بعدها بند/٤١٧ ، محمود جمال الدين زكي بند/٣١١ ، محمد علي عرفه بند/١١٥ ، شفيق شعاع بند/٣١٥ ، عبد الفتاح عبد الباقي بند/٣٣٤ ، البجراوي ص/٥٤٦ بند/٣٩١ ، ومن الفقه الفرنسي : شاباس ص/٢٥٦ بند/١٥٢٩ .

(٧) الصلح ص/٦٩٣ بند/٤١٧ .

(٨) من هذا الرأي : منصور مصطفى منصور ص/٤٤١ بند/١٨٥ ، حسن كبره مشار إليه في السنهوري ص/١١٣٤ هامش/١ .

(٩) مادة/٢٠٩٢ مدني كويتي ، ويقابلها في القانون المصري مادة/١٠٩٥٤ .

لهذا النص - أن حيازة هذه السندات وحدها تحول للحائز - وقيل أن يتسلم البضاعة - أن يتمسك في مواجهة مالكيها الحقيقي بأنه قد تملكها على أساس الحيازة، وإلا لتعطل تطبيق النص^(١). فيما يرى البعض الآخر - على العكس - في الاستدراك الذي أورده المشرع على ذات النص ومضمونه أنه إذا تسلم شخص هذه السندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة، دليله على أن إعمال الأثر المكسب للحيازة في المنقول رهن - في ذهن المشرع - بالحيازة الفعلية، ولا يكفي فيه مجرد الحيازة الرمزية^(٢).

٣ - أن يكون المحل الذي ترد عليه هذه الحيازة، منقولاً، قابلاً للسيطرة عليه والتعامل فيه.^(٣)

والمنقولات القابلة للحيازة، بقابليتها للسيطرة عليها - هي الأشياء المادية، دون الأشياء المعنوية، كالمصنفات الفكرية والمخترعات والمجموعات القانونية^(٤). على أن يلاحظ - كما سبق أن بينا في مواضع سابقة - أن الحقوق الثابتة في سند لحامله، تندمج في نفس الصك، فتكون حيازة هذا الأخير حيازة للمحق نفسه ومن ثم يعامل هذا السند معاملة المنقول المادي، ويخضع لقاعدة الأثر المكسب للحيازة^(٥).

ولما كانت الأموال العامة لا تقبل - من حيث الأصل - التعامل فيها، فإنه يشترط لإعمال القاعدة السابقة، ألا تكون الحيازة قد وردت على منقول يدخل ضمن هذه الأموال، كالآثار^(٦).

غير أنه يستثنى من المنقولات القابلة للحيازة وللتعامل فيها فلا تسرى عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، أو الأثر المكسب للحيازة:

أ - المنقولات التي نظم لها المشرع طريقة لتقيد ملكيتها، كالطائرات والسفن

(١) أنظر منصور مصطفى منصور، ص/ ٤٤١ بند/ ١٨٥. حسن كيرة مشار إليه في السهري ص/ ١١٣٤ هامش/ ١.

(٢) انظر البدراري ص/ ٥٤٦ بند/ ٣٩١.

(٣) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع رينو ص/ ٥٠٨-٥١٠ البتود من ٤٠٣-٤٠٥.

(٤) انظر - في خصوص المحلات التجارية. 141, No. 2/3/1960 Bull. T. 1, civ. وفي خصوص المنقولات والبضائع التي تشكل جزءاً من المحل. 30, No. 19/1/1980 Bull. T. 3.

(٥) انظر شاباس ص/ ٢٥٤ بند/ ١٥٢٧.

(٦) راجع في ذلك، وفي خطورته على الحائز من حيث لا توجد أية علامة تبين أن الشيء مخصص للمنفعة العامة، شاباس ص/ ٢٥٥ بند/ ١٥٢٧.

البحرية^(١)؛ فظهر ملكية هذه المنقولات بقيدها، يُفقد قاعدة الحيازة في المنقول ما يبررها^(٢). فضلا عن أن التعامل في هذا النوع من المنقولات، لأهميتها، لا يتم عادة بالسرعة التي يتم بها التعامل في المنقولات العادية.

وبالمقابلة، يرى بعض الشراح الفرنسيين أنه لا يعطّل إعمال الأثر المكسب للحيازة، التسجيل الإداري Immatriculation Administrative، للسيارة لدى إدارت المرور، لأن هذا التسجيل ليس يعدلو أن يكون شكلا من أشكال الضبط (Police) لاحقا على انتقال الملكية^(٣). لكننا نعتقد - بصرف النظر عن تكيف هذا الإجراء - أنه سوف يعطّل إعمال قاعدة الأثر المكسب للحيازة من وجه آخر. فمن يتلقى سيارة من غير مالكها المقيدة باسمه في دفتر المرور يكون في حكم الحائز سيء النية حتى ولو كان يعتقد أنه تلقاها من مالكها، لأن عدم علمه بأن المتعامل معه فيها ليس هو المالك إنما يرجع إلى إهمال جسيم من جانبه.

ب - العقارات بالتخصيص^(٤) لأنها، وإن كانت منقولات بطبيعتها تأخذ حكم العقار. ويسوجه عام المنقولات التي يتلقاها الحائز باعتبارها تابعة لعقار، متى كان المتصرف غير مالك للعقار الذي نقله - بما يتبعه من المنقولات - إلى الحائز. ومثلها أثاث المنزل، فلو أن شخصا مثلا، باع منزلا بما فيه من أثاث، لحائز حسن النية ورجع المالك الحقيقي على الحائز، فلن يكون لهذا الأخير أن يتوسّل - في سبيل دفع الرجوع عليه في خصوص المنقولات - بأنه قد كسبها بمقتضى ما للحيازة من أثر مكسب، أو بمباراة أخرى بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. إنما يفترض استبعاد إعمال هذه القاعدة أن يكون المتصرف غير مالك للعقار الذي تلقى الحائز المنقولات باعتبارها تابعة له. ولذلك فإنه إذا ما تصرف شخص مثلا في عقار يملكه بما يتبعه من منقولات لا يملكها إلى حائز حسن النية، فإن هذا الأخير يكسب ملكية العقار بموجب العقد، ويكون له إذا رجع عليه المالك الحقيقي للمنقولات، أن يدفع هذا الرجوع بتملكه لها عن أساس من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

(١) بل وطبقه على مراكب التزعة (Bateaux de plaisance) - حكم : Com. 20/11/1951 Bull civ T. 1 No. 340

كما طبقه البعض على اليخوت، من أنصار هذا الاتجاه LE BRUN المشار إليه في شاباس بند/١٥٢٧ هامش/٦.

(٢) في هذا المعنى: شاباس بند/١٥٢٧.

(٣) انظر شاباس ص/٢٥٥ بند/١٥٢٧ هامش/٥.

(٤) انظر شاباس بند/١٥٢٧ هامش/١.

ثانياً: حسن النية *La bonne foi*

٢٩١ - وفضلاً عن الحياة، يشترط من ناحية أخرى أن يكون حائز المنقول حسن النية. ويقصد بحسن النية هنا أن يجهل الحائز أن حيازته اعتداء على حق للغير، أي يعتقد اعتقاداً جازماً لا يشوبه أدنى شك بأنه تلقى الحق من المالك، شريطة ألا يكون مرجع هذا الاعتقاد إلى خطأ جسيم من جانبه، كأن يشتري شخص، من آخر، أدوات مائدة منقوشة عليها علامة واسم الجهة المحددة التي تملكها، كشراتون الكويت أو الخطوط الجوية الكويتية... الخ. أو يشتري شخص سيارة من غير مالكيها الموضح برخصة تسييرها. بل إن شروط التصرف الصادر إلى الحائز قد تكون ناطقة في بعض الأحيان في معنى أن المتصرف غير مالك فتستبعد من ثم حسن النية لدى الحائز لأنه يكون عندئذ مخطئاً خطأً جسيماً في اعتقاده بأنه يتلقى المنقول من مالكه. مثال ذلك البيع الصادر للحائز بثمن بخس جداً والمتضمن شرطاً بعدم الضمان. فالمالك الحقيقي لا يبيع الشيء عادة إلا بما يساويه ولا يجد ضرورة لإعفاء نفسه من ضمان الاستحقاق في مواجهة المشتري.

كذلك ينفي عن الحائز الاعتقاد الجازم بأن المتصرف (الذي تلقى الحق منه) مالك، علمه بأن سند ملكية هذا المتصرف مهدد بالإبطال، أو مشوب ببطلان مطلق أو عرضة للفسخ.

وإعمالاً للمادة ٢٩١٥ يُعد الحائز سيء النية إذا كان اغتصب الحياة بالإكراه من غيره.

وحسن النية مطلوب هنا وقت بدء الحياة^(١) ولا يكفي أن يكون الحائز حسن النية وقت تلقى الحق (أو وقت صدور السبب الصحيح) فإذا تراخى بدء الحياة عن وقت تلقى الحق بموجب السبب الصحيح (أو عن وقت التصرف)، وكان الحائز قد علم بين هذين الوقتين أن المتصرف غير مالك، فلا يجوز له - وقد بدأ الحياة بسوء نية - أن يتمسك بآثارها المكسب. أما على العكس، إذا كان قد بدأ الحياة بحسن نية فلا يؤثر على ملكيته للمنقول ما يطرأ على نيته من سوء بعد ذلك^(٢).

(١) «Au moment de l'entrée en possession» ٣٩٤/ بند ٤٨٧/

وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الشرط:

com 7/1/1953 Bull To. 3 No. 10, civ 23/10/1956 Bull T. 1 No. 369, civ 16/6/1971 D 1971

- 566 et note AB

(٢) أما الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية فقد ظلت لفترة طويلة لا تأخذ بهذا الحل، وقضت بإدانة الحائز

هذا وحسن النية - كما هو المبدأ - يفترض أيضا في هذا الموضع حتى يقوم الدليل على العكس^(١) (م/٩١٤). وقد حرص المشرع على أن يطبق هذا المبدأ تطبيقا خاصا في تملك المنقول بالحيازة فنصت المادة/٩٣٨ على أن والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يعم الدليل على عكس ذلك».

ثالثا: السبب الصحيح^(٢) Le juste titre

معناه:

٢٩٢ - فضلا عن حسن نية الحائز، يجب لإعمال الأثر المكسب للحيازة في المنقول، أي لإعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، أن يكون الحائز حاز المنقول بسبب صحيح (م/٩٣٧).

٢٩٣ - والسبب الصحيح^(٣) مصطلح له دلالة خاصة. فهو تصرف قانوني من شأنه نقل الملكية أو الحق العيني ولكنه صدر من غير المالك أو صاحب الحق. وتحديد معناه على هذا النحو يكشف عن أنه تعبير - إلى حد ما - مضلل^(٤)،^(٥). فوصفه بالصحة غير مطابق لواقعته لأنه ليس صادرا من مالك. لكن القانون يجعل له مع ذلك أثرا هاما إذ يجعل من استناد الحيازة إليه كافيا لإكساب الحائز حسن النية ملكية المنقول مع أنه يتلقاه من غير مالكة، فيعصمه السبب الصحيح على هذا النحو من رجوع المالك

= بحقوقه الاخفاء (recel) حتى ولو كان وقت بدء حيازته للشيء حسن النية يعتقد أنه تلقاه من مالكة متى كان علم بعد ذلك أن مالكة شخص آخر. انظر:

crim. 7/7/1944 J. C. P. 1947-2-3410 et note L. M et RA, crim 17/7/1963 J.C.P. 1963-4-123, crim 15/6/1973 Bull. crim. 1973-270.

لكنها عدلت بعد ذلك عن هذا الاتجاه، منذ حكمها الصادر في ٢٤/١١/١٩٧٧ انظر:

crim 24/11/1977 D 1978-42 et note KEHRIG

(١) انظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى: نقض مصري ١٩٥٤/٢/٤ خلف ١٠٢٧-٤٠١) نقض مصري ١٩٥٣/١١/٢٦ (خلف ١٠٢٨-٤٠١)، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي.

civ. 13/10/1956 Bull. T. 1 No. 296, com 21/1/1959 bull. T. 3. No 36; civ 2/2/1965 D 1965-371, R. T 1965-676 et obs BREDIN.

(٢) راجع - على الأخص - في هذا الموضوع:

FOURNIER (J): Le juste titre en droit français moderne Thèse caen 1942.

(٣) ويعبر عنه المشرع الفرنسي في المادة/٢٢٦٥ بـ السند الصحيح.

(٤) ويصفه شاباس بأنه تعبير غير موفق، يجعل على الخلط ص/٢٢٢ بند/١٥٠١.

(٥) وتضليله يكون أكبر في الترجمة الفرنسية لهذا المصطلح. فلفظة titre ترحى بمعنى السند، أي المحرز حين أن الأمر هنا يتعلق بتصرف قانوني. انظر في هذا المعنى، شاباس، الموضوع السابق.

عليه بدعوى الاستحقاق. وقد جعل له القانون هذا الأثر لأن الحائز لم يستول على المنقول غصبا، وإنما تلقاه من متصرف. صحيح أن المتصرف، لكونه غير مالك، كان يتصرف بطريقة غير قانونية، لكن الحائز كان يجهل ذلك.

وهكذا فالسبب الصحيح صحيح ليس لأنه بريء من أية شائبة، فهو مشوب بعدم ملكية المتصرف، وإنما هو صحيح من حيث يصلح لتغطية العيب الناجم من عدم ملكية المتصرف، ويبرر موقف الحائز ويسوغ كسبه للملكية.

شروطه :

٢٩٤ - من التعريف السابق للسبب الصحيح، يتبين أنه يجب أن يتوافر فيه الشروط التالية :

٣ - أن يكون تصرفا قانونيا صدر إلى الحائز^(١) باعتباره خلفا خاصا :

يستوى فيه أن يكون عقدا كبيع أو مقايضة أو هبة، أو عملا قانونيا من جانب واحد، طالما أنه يجعل من صدر له (أي الحائز) خلفا خاصا (كالوصية ببال معين، دون الوصية بحصة من التركة). كما يستوى أيضا أن يكون معاوضة أو تبرعا. ومتى كان ذلك، فإن الميراث كواقعة مادية لا يصلح سببا صحيحا^(٢).

ويأخذ حكم التصرفات القانونية في هذا الخصوص، الأحكام القضائية الناقلة للملكية، كالحكم برسو المزاد في البيع الجبري والحكم بالشفعة (فيما لو تبين أن البائع لم يكن مالكا للحصة الشائعة التي تصرف فيها).

٢ - أن يكون صادرا من غير مالك :

وهذا شرط بدهي، إذ لو كان التصرف صادرا من مالك لأغنى المتصرف إليه عن التسكك بالحيازة. كما أنه يتسق مع الهدف من هذا السبب من أسباب كسب الملكية وهو حماية المتصرف إليه (الحائز) حسن النية من عدم ملكية المتصرف. ولذلك فمتى

(١) انظر نفوس ١٩٦٦/٥/٥ (خلف ١٠٤٥ - ٤٠٨) وفيه نفقت بأن التصرف الذي لا يصدر للحائز أصالة وإتيا باعتباره إرسا مستعازا لآخر، لا يعتبر سببا صحيحا.

(٢) في هذا المعنى: شاباس ص/ ٢٣٤ بند/ ١٥٠١.

كان هذا الأخير غير مالمك فإنه لا أهمية بعد ذلك لوضعه على المنقول الذي يتصرف فيه^(١) حيث يستوى أن يكون حائرا عرضيا أو أن يكون مالكا فعلا له ثم زالت ملكيته بأثر رجعي لبطان أو فسخ. كل ما في الأمر أنه يتعين ألا يكون الحائز عالما بعيوب سند المتصرف، وإلا كان سيء النية.

وتمتثل الشراح حول مدى اعتبار تصرف الشريك في جزء مفروز من المال (المنقول) الشائع سببا صحيحا. فينتج البعض إلى إنكار ذلك تأسيسا على أن الشريك يعتبر مالكا^(٢). فيما يعلّق البعض الآخر إمكان اعتباره كذلك على نتيجة القسمة ووقوع المبيع في نصيب شريك آخر غير المتصرف^(٣). أما الرأي الراجح^(٤) وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض^(٥) فينتج إلى اعتبار هذا التصرف سببا صحيحا، بحسبان حق الشريك في الشيوع - عند بعض أنصار هذا الرأي - حقا متميزا عن حق الملكية المفروزة.

٣ - أن يكون من التصرفات الناقلة للملكية (أو الحق العيني) بطبيعتها:

كالبيع أو الهبة، أو المقايضة^(٦). الخ أو بما يأخذ حكم هذه التصرفات من الأحكام القضائية الناقلة Translatif كالحكم برسو المزداد في البيع الجبري والحكم بالشفعة.

وبناء عليه لا تصلح التصرفات الكاشفة^(٧) déclaratif كالصلح، سببا صحيحا. فلو أن هناك منقولا متنازعا عليه بين شخصين وتم الصلح بينهما على أنه ملك لأحدهما، فلا يجوز لهذا أن يستند إلى الصلح باعتباره سببا صحيحا لتملك المنقول في مواجهة المالك

(١) شرط ألا يكون المتصرف وضع يده على منقول مسروق أو ضائع لأن قاعدة الحيازة في المنقول تنبطل وقتها في هاتين الحالتين لإتاحة الفرصة للمالك الذي سرق منقوله أو فقد منه أن يسترده ولو من تحت يد الحائز حسن النية، كما سنرى فيما بعد. أنظر لاحقا بند/٢٩٩ وما بعده.

(٢) انظر الفقه المشار إليه في الصفحة هاشم/ص ١٨١.

(٣) من هذا الرأي: محمد كامل مرسي بند/٦١، والأحكام القضائية المشار إليها في محمود جمال الدين زكي بند/٨٦ هاشم/٤.

(٤) من هذا الرأي: الصفحة ص/٦٥٣ بند/٣٨٨، ص/١٧٩ بند/١٢٤، البدراني ص/٥٢٨ بند/٣٨٢، ونسبتا محمود جمال الدين زكي ص/١٤٣ بند/٨٦.

(٥) انظر نقض ١٩٣٢/٦/١١ (مجموعة عمر ج/١ رقم ٥٨/ص/١٣١) نقض ١٩٤٢/٤/٢٣ (مجموعة عمر ج/٣ رقم ١٥٢/ص/٤٢٣)، نقض ١٩٥٨/١٠/١٦ (مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٨٢، ص/٦٦٥).

(٦) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي في خصوص المقايضة civ 4/7/1973 Bull To. 3 P. 340

(٧) انظر ريتو ص/٢٥٧ بند/٢٠٠.

الحقيقي^(١). إنها إذا التزم أحد المتصلحين بأن يقدم متقولا (غير المتنازع عليه) كبدل للصلح، فلا يكون الصلح كاشفا بالنسبة إلى هذا البدل، بل يكون ناقلا له، فيصلح في خصوصه لأن يكون سببا صحيحا^(٢).

كما لا تصلح سببا صحيحا، الأحكام القضائية المقررة للملكية أو الحق العيني. ففي دعوى الاستحقاق على سبيل المثال، إذا صدر الحكم لصالح أحد المتنازعين، ثم تبين أن المنقول مملوك لشخص ثالث، فلا يجوز لمن صدر لصالحه أن يتمسك به كسبب صحيح في مواجهة المالك الحقيقي.

جـ - أن يكون تصرفاً حقيقياً، موجوداً وصحيحاً:

باختصار أن تكون شائته الوحيدة كونه يصدر من غير مالك المنقول. وعلى ذلك: لا يصلح سبباً صحيحاً التصرف غير الموجود في الحقيقة إما لصوريته المطلقة أو لكونه مجرد تصرف ظني^(٣) (كوصية عدل عنها الموصى دون علم الموصى له)، ولا التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً^(٤).

كما لا يصلح سبباً صحيحاً، التصرف غير الناقل في الحقيقة، وإن تسرّ بالصورية وراء مظهر عقد ناقل، حين يكون للمالك الحقيقي باعتباره غيراً، أن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق.

كذلك لا يعتبر سبباً صحيحاً التصرف المعلق على شرط واقف قبل تحقق الشرط^(٥)

(١) انظر 11/8/1965 Bull To 1 No 375

(٢) انظر الصده ص/ ٦٤٨ بند/ ٣٨٦.

(٣) فالسبب الصحيح وشرط مستقل عن حسن النية وليس مجرد عنصر فيها، لذلك يجب أن يكون له وجود فعلي، ولا يكفي اعتقاد الحائز في وجوده، محمود جمال الدين زكي ص/ ٥٤٢ بند/ ٢٩٥. ويأخذ الفقه الفرنسي بنسب الرأي في خصوص التقادم القصير للمدة (وهو نظام لا يعرفه القانون الكويتي). أما في خصوص قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وحيث لم ينص المشرع هناك على السبب الصحيح كشرط مستقل عن حسن النية، لإمكان كسب المنقول بالحيازة، يرى الفقه الفرنسي في السبب الصحيح هنا مجرد عنصر في حسن النية، ومن ثم يجعلون من التصرف الظني، أي الذي اعتقد الحائز في وجوده وهو غير موجود في الحقيقة، سبباً صحيحاً، يمكن الاستناد إليه لإعمال قاعدة الحيازة في المنقول. انظر: شابلان ص/ ٢٥٩ بند/ ١٥٣٦.

civ 24/11/1970 D 1970 - somm - 54, civ 16/6/1971 D 1971 - 566.

(٤) حين يكون للمالك الحقيقي هنا أن يتمسك بهذا البطلان، لأن هذا النوع من البطلان يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به.

(٥) انظر شابلان ص/ ٣٣٨ بند/ ١٥٠٦.

لأنه غير ناقل للملكية . فإذا تحقق الشرط أمكن اعتباره من هذا الوقت سببا صحيحا ، لأنه ليس من شأن الأثر الرجعي للشرط أن يغير من حقيقة أن حيازة الحائز - قبل تحقق الشرط - كانت حيازة عرضية لحساب المتصرف^(١) .

أما التصرفات الموجودة والحقيقية فإنها تعتبر سببا صحيحاً ولو كانت مهددة بالزوال في المستقبل . وعلى ذلك يصلح سببا صحيحاً العقد القابل للإبطال طالما لم يحكم بإبطاله^(٢) ، فيجوز للحائز الاستناد إليه في كسب ملكية المنقول بالحيازة في مواجهة المالك الحقيقي . ولا يستطيع هذا أن يتمسك بالإبطال ، فهذا الجزء لا يتمسك به إلا من تقرر لمصلحته من طرفي العقد .

كما يصلح سببا صحيحا ، المتصرف الذي صدر للحائز معلقا على شرط فاسخ ، طالما لم يتحقق الشرط إذ من شأن هذا التصرف أن ينقل الملكية في الحال لو كان صادرا من مالك . أما إذا تحقق الشرط زال التصرف ، وانعدم من ثم السبب الصحيح .

أمثلة :

٢٩٥ - ومن الأمثلة العملية للسبب الصحيح ، ومن ثم للحالات التي يمكن فيها للمتصرف إليه كسب ملكية المنقول ، كحائز ، بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية : أن يترك المالك منقوله تحت يد شخص على سبيل الوديعة أو العارية أو الإجارة ، فيتصرف فيه لحائز حسن النية يعتقد أنه يتلقاه من ماله . أو يبيع شخص منقولا لآخر ، وقبل أن يسلمه له يعيد بيعه إلى مشتريه حسن النية يجهل البيع الأول . أو يتصرف من يملك منقولا بمقتضى سند قابل للإبطال أو الفسخ ، في هذا المنقول ، إلى حائز حسن النية يجهل عيب سند المتصرف ، ثم يتقرر بطلان هذا السند أو فسخه . ففي كل هذه الفروض ، يعتبر الحائز قد تلقى المنقول بموجب سبب صحيح ، ومن ثم لا يجوز للمالك الحقيقي أن يسترده منه .

(١) أ- وفقا لتعبير البعض - لأنه ولا يعتد بالأثر الرجعي في مواجهة المالك الحقيقي ، محمود جمال الدين زكي بند ٢٩٥ : وانظر أيضا : شاباس بند ١٥٠٦ ، الصلح ص ٦٥٤ بند ٣٩٠ .

(٢) انظر نقض ١٩٣٢/٦/١١ (مجموعة عمر ج ١ رقم ٥٨ ص ١٣١) ، L - 1978 3/11/1977 D R-232

وراجع ، في تبرير ذلك : شاباس ص ٢٣٦ بند ١٥٠٣ .

افتراض وجود السبب الصحيح :

٢٩٦ - هذا ويُفترض في حائز المنقول أن حيازته تستند إلى سبب صحيح^(١) فهو معني، من ثم، من إثباته. وفي هذا تقول المادة/٩٣٨ أن الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقيم الدليل على عكس ذلك.

وإعفاء الحائز من إثبات وجود السبب الصحيح أمر مفهوم، ويتسق مع الهدف الذي يقف وراء تقرير الأثر المكسب الفوري للحيازة في المنقول، وهو حماية الحائز حسن النية الذي يتعامل في المنقول مع غير مالكة، إذ الغالب إلا يحتاط الحائز - في سياق عدم اهتمامه بالتأكد من ملكية المتصرف - بإعداد دليل لإثبات التصرف (السبب الصحيح).



نطاق الحقوق التي يمكن كسبها بمقتضى قاعدة الحيازة :

٢٩٧ - فإذا توافرت الشروط السابقة، فلا يهم ما إذا كان الحق الذي يظهر به الحائز على المنقول هو حق ملكية، أو أي حق عيني آخر. فالحيازة في المنقول تُكسب الملكية والحق العيني الذي يقتضى بطبيعته أن يجوز صاحبه المنقول الذي يرد عليه (حق الانتفاع وحق الاستعمال والرهن الحيازي).

أما بالنسبة لحقوق الامتياز، التي تقوم - كما يقال عادة - على فكرة الرهن الضمني^(٢) (كامتياز مؤجر العقار على المنقولات غير المملوكة التي يضعها المستأجر في العين المؤجرة، وامتياز صاحب الفندق على ما يحضره معه النزيل من أمتعة) ففي الأمر خلاف بشأنها :

فيرى البعض أن أساس الامتياز في هذه الحالة هو قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز^(٣)، حين يرى البعض الآخر^(٤) أن المصدر المباشر لحق الامتياز بوجه عام هو نص القانون، وأنه إذا كان المشرع قد قرر للمؤجر أو صاحب الفندق امتيازاً على المنقولات والأمتعة غير المملوكة للمستأجر أو النزيل بشروط خاصة، فليست هذه الشروط هي

(١) انظر من تطبيقات الفسء في هذا المعنى : نقض ١٩٥٣/١١/٢٦ (خلف ٤٠١-١٠٢٨)، نقض ١٩٥٤/٢/٤ (خلف ١٠٢٧ - ٤٠١).

(٢) انظر محمود جمال الدين زكي بند/٣١٠.

(٣) من هذا الرأي : السنيوري ص/١١٣٢، ١١٣٣ بند/٤٤٢، الصلح ص/٦٩١/٦٩٠ بند/٤١٥، أساميل غانم ص/١٣٧، محمود جمال الدين زكي بند/٣١٠.

(٤) منصور مصطفى منصور بند/١٨٥.

شروط قاعدة الحيازة في المنقول : لأن هذه الحيازة أولاً ، ليست للمؤجر ولا لصاحب الفندق وإنما للمستأجر أو النزيل ، كما أنها - من ناحية أخرى - تقتصر إلى السبب الصحيح ، وهو شرط لازم لإعمال قاعدة الحيازة في المنقول .

عدم جواز التمسك بقاعدة الحيازة ضد المتصرف نفسه :

٢٩٨ - تهدف قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إلى مجرد تغطية العيب الناجم عن عدم ملكية المتصرف عندما يواجه الحائز بدعوى الاستحقاق من مالك المنقول . فليس من شأنها أن تزيل العيوب الأخرى التي يمكن أن تلحق المتصرف الصادر إلى الحائز . وعليه فإن القاعدة لا تحول دون بقاء الدعاوى الشخصية التي تكون للمتصرف نفسه^(١) ضد الحائز والمستمدة من نفس التصرف الذي تلقى الحائز المنقول بموجبيه . فلا يستطيع الحائز - مثلاً - أن يتمسك بقاعدة الحيازة ليدفع بها دعوى المتصرف بطلان التصرف الذي حاز هو المنقول بمقتضاه ، أو بقابليته للإبطال أو بفسخه^(٢) .

باختصار ، تقلل العلاقة بين الحائز والمتصرف يحكمها العقد المبرم بينهما ولا تطاها قاعدة الحيازة في المنقول^(٣) .

التعطيل الوفقي للأثر المكسب (استرداد المنقولات المسروقة أو الضائعة)^(٤)

٢٩٩ - إذا سرق المنقول من ماله ، أو ضاع منه ، فترتب على ذلك أن تصرف فيه من وضع يده عليه ، إلى حائز حسن النية ، فإن اعتبارات العدالة - والفرض أن خروج المنقول من حيازة المالك لم يكن بإرادته - تقتضي تفضيل حق هذا المالك في الاسترداد ، على حق الحائز حسن النية في كسب المنقول . خاصة إذا كفلنا لهذا الأخير حقه في الرجوع بما دفع من ثمن في هذا المنقول .

وهذا الحل هو ما قرره المشرع في المادة/ ٩٣٩ كاستثناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز - حين قضت هذه المادة بأنه :

١ - « يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بسبب صحيح وحسن نية ، وذلك خلال ثلاث

(١) أو لدائتيه يستعملونها بالنيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة طبقاً للقواعد العامة .

(٢) في هذا المعنى : الصده بند/ ٤٢٤ ، محمود جمال الدين بند/ ٣١٠ .

(٤) راجع في تفاصيل تنظيم هذا الاستثناء في القانون الفرنسي : شاپاس الصفحات من ٢٦٩ - ٢٧٨ البند ١٥٤٦ - ١٥٤٤ ، رينو الصفحات من ٤٩٧ - ٥٠١ البند من ٣٩٥ - ٣٩٧ .

سنوات من وقت الفقد أو السرقة».

٢ - «إذا كان الحائز قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله، فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجل له الثمن الذي دفعه».

وهكذا يتعطل إعمال هذه القاعدة تعطيلاً وقتياً، خلال المدة التي يجوز فيها للمالك رفع دعوى الاسترداد، فإذا رفعت هذه الأخيرة في ميعادها، كان معنى ذلك أن الملكية لازالت على أصلها ملكاً لصاحب المنقول، ولم يكسبها الحائز أبداً، أما إذا انقضت هذه المدة، تم إعمال حكم هذه القاعدة.

٣٠٠ - على أنه يشترط لهذا الاسترداد، توافر الشروط التالية:

١ - أن يكون المنقول قد خرج من تحت يد مالكه بسبب السرقة أو الفقد (غير المقصود). ويقصد بالسرقة هنا معناها المحدد في قانون العقوبات^(١) ولا يقاس عليها غيرها من جرائم الأموال، كالنصب أو خيانة الأمانة، خاصة وأن المالك في الصورة الأخيرة يكون - بإيداعه المنقول لدي من ائتمنه عليه - قد أسهم في إيجاد المظهر المادي الذي خدع الحاز حسن النية. غير أنه لا يهم - من ناحية أخرى - ما إذا كان القانون يعنى السارق من العقاب في بعض الحالات^(٢) أو يجعل العقاب متوقفاً على طلب المجنى عليه، كما لا يهم ما إذا كان الفقد بدون إهمال أو بإهمال مادام (أي هذا الفقد) غير مقصود، ولا ما إذا كان الحائز قد تلقى المنقول من نفس سارقه أو ممن عثر عليه، أو تلقاه من شخص آخر كان قد سبق أن تلقاه بدوره من السارق أو ممن عثر على المنقول المفقود.

٢ - أن يرفع المالك دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات، تحسب من يوم السرقة أو الفقد، دون نظر إلى الوقت الذي بدأت فيه حيازة الحائز حسن النية. وهذه المدة هي مدة سقوط^(٣) لا تقبل الوقف ولا الانقطاع. ومبرر تحديد هذه المدة القصيرة واضح وهو

(١) في هذا المعنى: رينوس/٤٩٩ بند/٣٩٦.

(٢) في هذا المعنى: رينوس السابق، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا المعنى أيضاً.
paris 7/3/1934 G. P 1934-1-819, Tr. de valenciennes 1/12/1943 R.T 1944 - P 215 et obs.
solus.

وانظر في معنى عدم إمكان التمسك بالمادة ٢-٢٢٧٩ مدني فرنسي (المقابلة للباد ٩٣٩ مدني كويتي) إذا كان قد صدر حكم بالبراءة على المتهم بالسرقة: paris 19/1/1933 G. P 1933-1-885

(٣) انظر:

Lyon 15/3/1954 G. P 1954-1-309, crim 31/10/1989. J.C.P 1970-2-16333 et note

«تأكيد وضع الحائز حسن النية بأسرع وقت ممكن»^(١).

٣ - أن يعجل المالك للحائز حسن النية ما دفعه من ثمن للمنقول إذا كان الحائز اشتراه في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله^(٢) إذ دون هذا التعجيل يمكن أن يعرض الاسترداد الحائز الذي اشترى في هذه الظروف لخطر جسيم^(٣) مع أنه بحسب الفرض اشترى في ظروف تقطع أكثر في معنى حسن نيته.

ويقع على الحائز عبء إثبات شراء المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله، وإلا فلن يكون له سوى أن يرجع بدعوى الضمان على من تلقى منه المنقول إذا كان سنده يسمح بذلك^{(٤) (٥)}.

GOUBÉAUX, R.T 1970-198 et obs BREDIN (J.D).

Tr. civ. seine 23/1/1950 G.P. 1950-1-143. وعكس ذلك :

(١) في هذا المعنى : رينوس/ ٤٩٩ بند/ ٣٩٦.

(٢) وفي تحديد مفهوم ذلك، يقول القضاء الفرنسي أنه «ينبغي أن يكون الحائز قد اشترى المنقول في مكان تجري فيه مساومة وتجارة منتظمة لأشياء مماثلة».

Il faut, que l'acquéreur ait acquis dans un lieu où se font la négociation et le commerce réguliers de choses semblables paris, 7/2/1950 D 1951-458 et note Lalou.

(٣) في هذا المعنى : رينوس/ ٥٠٠ بند/ ٣٩٧.

(٤) راجع من تطبيقات القضاء الفرنسي للمحق في الاسترداد :

paris 8/11/1946 J.C.P 1946-2-3358, R.T 1947-71 et obs. solus.

(٥) ويشترط البعض في فرنسا فضلا عن ذلك وحتى يمكن للمالك أن يسترد حيازة الأشياء المسروقة أو المفقودة أن تكون هذه الأشياء «محددة الذاتية ومن الممكن التعرف عليها».

Identifiées et reconnissables.

انظر رينوس/ ٤٩٩، بند/ ٣٩٦، وانظر في تطبيق هذا الشرط الإضافي خاص بأوراق البكتوت (des billets de banque) tr. civ. de. Besançon 25/4/1955 G.p 1955-2-95, R.T 1955-p 681 et obs. solus.

وأن يقدم الدليل على حقه فيه ليس فقط في مواجهة السارق أو من عثر على المنقول وإنما أيضا في مواجهة الحائز حسن النية انظر:

civ 1/6/1977 Bull To. 3 No 261 p. 206, R.T 1978-161 et obs. GIVERDON.

المحور الثاني

الأثر المسقط للحيازة في المنقولات

٣٠٩ - إلى جانب الأثر المكسب لحيازة المنقول بحسن نية وسبب صحيح، تؤدي الحيازة أيضا إلى سقوط التكاليف والقيود العينية التي كانت على المنقول، كحق الانتفاع وحق الاستعمال، والرهن، وحقوق الامتياز. . . الخ، وذلك طبقا لما تنفي به الفقرة الثانية من المادة/٩٣٧ حين نصت على أنه «إذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية، كسب الحق خالصا منها».

ويقترض الأثر المسقط للحيازة بدوره، توافر حسن النية والسبب الصحيح. ويقصد بحسن النية هنا، جهل الحائز بوجود التكليف أو القيد الذي يثقل المنقول، شريطة ألا يرجع هذا الجهل إلى خطئه الجسيم. أما السبب الصحيح، فيقصد به هنا التصرف القانوني الناقل للملكية، والذي يخلو من أية إشارة إلى ما يثقل المنقول، حتى ولو كان هذا التصرف صادرا من المالك نفسه.

٣٠٢ - وقد يترتب الأثر المسقط والأثر المكسب معا، وذلك في حالة ما إذا صدر السبب الصحيح من غير مالك، وكان لا يتضمن أية إشارة إلى ما يثقل المنقول. إذ تؤدي الحيازة هنا إلى إكساب الحائز ملكية المنقول، وإلى إسقاط هذه القيود في الوقت نفسه، فيتلقى الحائز الملكية خالية منها. مثال ذلك أن يتلقى الحائز المنقول من غير مالك باعتباره خاليا من التكاليف لأنه لم يُذكر فيما بينها شيء من ذلك، حين أن المنقول في واقع الأمر كان محملا بحق انتفاع للغير.

٣٠٣ - وقد يترتب الأثر المسقط للحيازة وحده، إذا كان السبب الصحيح قد صدر من نفس مالك المنقول، مادام لم يتضمن أية إشارة إلى ما يثقله من قيود. حين يتملك المتصرف إليه المنقول بموجب التصرف نفسه باعتباره صادرا من مالك، ويتلقاه خاليا من هذه القيود بموجب الأثر المسقط للحيازة. ومثال ذلك، أن يشتري شخص منقولا ولا يسدد ثمنه، فيكون المنقول عندئذ محملا بامتياز البائع، ثم يبيعه قبل سداد الثمن، إلى حائز حسن النية، يجهل وجود هذا الامتياز، لعدم تضمّن السند الناقل للملكية أية إشارة عنه.

٣٠٤ - هذا وهناك تطبيقات تشريعية متعددة للأثر المسقط للحيازة في المنقولات، لا تتسع هذه الدراسة لتفصيلها، أوردتها المشرع في خصوص الرهن الحيازي^(١) وحقوق الامتياز^(٢).

٣٠٥ - يبقى أن نشير في النهاية، إلى أن اصطلاح «التكاليف والقيود العينية» الذي أوردته المشرع في المادة/٩٣٧، يتسع ليشمل ما يثقل الملكية من قيود وإن لم يعتبر من الحقوق العينية. ومتى كان ذلك، فإن شرط المنع من التصرف، وهو لا يعدو أن يكون قيداً على سلطات المالك، يخضع للأثر المسقط لحيازة المنقول، فلا يجوز لمن تقرر الشرط لمصلحته أن يحتج به على الحائز، مادام هذا تلقي المنقول باعتباره خالياً منه.

(١) راجع المادة/١٠٧٨.

(٢) راجع للمواد ١٠٦٧، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨.

المطلب الثاني

آثار الحيازة الممتدة في الزمن (التقادم)

تمهيد:

دور الحيازة الممتدة في الزمن، بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي:

٣٠٦ = إذا استمرت حيازة الشيء مدة معينة فإنها تعتبر في غالبية القوانين الوضعية ومنها القانون الفرنسي والمصري وقوانين بعض البلاد العربية سببا قائما بذاته من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية، هو التقادم المكسب^(١).

وقد يكون الحائز في ظل هذه القوانين هو، حقيقةً، المالك أو صاحب الحق العيني، ومع ذلك فإنه يؤثر أن يستند في كسبه إلى التقادم المكسب تفاديا لصعوبة إثبات سند آخر، خاصة إذا لوحظ أن التملك بالعقد يقتضي أن يكون السلف مالكا وسلف السلف مالكا، وهكذا قد يؤدي تتبع سندات الملكية إلى صعوبات كبيرة.

ولكن قد يكون الحائز ليس هو صاحب الحق، ومع ذلك فإذا استمرت حيازته المدة التي يتطلبها القانون، فله أن يتمسك بتملكه بالتقادم، ولو أقر بعلمه بأن الشيء محل حيازته كان ملكا لغيره. ويوجه هذا الحكم الذي يبدو مغالفا للعدالة، اعتبارات عملية يُعليها المشرع على اعتبارات العدالة، جماعها ضرورة حماية الأوضاع الظاهرة التي استقرت حفظا للسلم والأمن الاجتماعي. فبين المالك المهمل الذي ترك شئيه في يد الغير مدة طويلة من الزمن، وحائز هذا الشيء، ترجح في نظر المشرع كفة الثاني، خصوصا إذا ما كان آخرون قد تعاملوا مع الحائز، على هذا الشيء، بحسابه، في اعتقادهم، مملوكا له.

(١) فتقضي المادة/٩٦٨ مدني مصري بأن: «من حاز متفولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على متفول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة». وهذا ما يعرف بالتقادم (المكسب) الطويل. وتنص المادة/١٠٩٦٩ بأنه: «إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات». وهذا ما يعرف بالتقادم القصير (أو الخمسي)، وهو نظام لا يعرفه القانون الكويتي.

٣٠٧ - وهذا السبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية لا يقره الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة، من حيث يبدو وكأنه إقرار من المشرع بأن الحق يمكن أن يكتسب بالغصب. ولكن ثمة نظاما آخر قال به بعض المتأخرين من فقهاء المسلمين وبخاصة المالكية، يحقق أهم الأهداف التي يهدف إليها نظام التقادم المكسب دون أن يتضمن إقرارا صريحا بأن الحيازة وحدها إذا استمرت مدة معينة تكسب الحق. هذا النظام هو نظام عدم سماع الدعوى. فتعتبر الحيازة مع مضي الزمن مجرد دليل على أن الحائز هو صاحب الحق. ومادامت الحيازة لا تعدو أن تكون دليلا وليست سببا لكسب الحق فيشترط لعدم سماع الدعوى من ينزع الحائز أن يدعي الحائز حين المنازعة أنه هو المالك. أما مجرد التمسك بالحيازة دون أن يدعي أنه هو المالك فلا يكفي لعدم سماع دعوى المنازع.

٣٠٨ - والمقارنة بين النظامين (نظام التقادم المكسب كسب قائم بذاته لكسب الملكية، ونظام عدم سماع الدعوى كمجرد دليل على أن الحائز هو المالك) تكشف عن أن الفارق بينهما، من الناحية العملية، يكاد ينحصر في حالة ما إذا أقر الحائز بأنه لم يكن مالكا، إذ هو في ظل نظام التقادم المكسب يستطيع برغم هذا الإقرار أن يتمسك بهذا السبب من أسباب كسب الملكية، فإذا أثبت توافر شروطه في حقه، كسب الملكية به. وبالعكس، فإنه وفقا للنظام الإسلامي سوف تسمع في هذه الحالة دعوى من ينزع الحائز في الملك، فإذا أقام المنازع البينة على أنه المالك حُكم له ضد هذا الحائز.

موقف القانون الكويتي :

٣٠٩ - وقد شاء المشرع الكويتي أن يضع نظاما يُبرز الفكرة الإسلامية ويستبعد إقرار الغصب، مع الأخذ في الاعتبار متطلبات الظروف الواقعية للمعاملات وما تقتضيه من حاجة المالك الذي يستند على الدليل المستمد من حيازته إلى دليل يمكنه من التعامل مع غيره في شأن المال الذي يحوزه. فنصت المادة/٩٣٥ على أن: «من حاز عقارا أو منقولا، ظاهره عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة، اعتبرت حيازته دليلا على الحق، ويُحكم له به، إذا أنكر حق الغير فيه وأدعاه لنفسه، ولو لم يبين سبب كسبه».

وهكذا اعتبر المشرع الحيازة الممتدة في الزمن دليلا على الحق لا يجوز دحضه^(١).

(١) على أن يلاحظ ما سبق أن ذكرته من أن المشرع يعتبر الحيازة في ذاتها (أي غير الممتدة في الزمن) قرينة على الحق، لكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس (م/٩٢٣).

ويحكم للحائز على أسامه، وليست سبباً قائماً بذاته من أسباب كسب الحق.

٣١٠ - ويمتاز الحكم للحائز بالحق، على القول بعدم سماع دعوى منازعه فيه، بميزة هامة من الناحية العملية، وبخاصة حين يكون على الحياة عقاراً. فمن شأن هذا الحكم الذي يحصل عليه الحائز أن يؤدي إلى استقرار التعامل في شأن هذا العقار. إذ يستطيع الحائز بعد الحصول عليه أن يسجله فيسجله ويضعه على العقار باعتباره المالك، شأنه في ذلك شأن كل من يستند في ملكيته إلى سند مسجل. أما الاكتفاء بعدم سماع دعوى المنازع (أي رفض هذه الدعوى) فإنه سيبقى الحائز دون الحصول على دليل واضح على حقه يمكنه من التعامل في العقار باعتباره صاحب الحق، ويجعل من الصعب عليه في الغالب، والحال كذلك، أن يجد من يتعامل معه فيه باعتباره المالك استناداً إلى دلالة الحياة على الملك.

ملاحظات على موقف المشرع الكويتي:

٣١١ - ولنا على الموقف الذي اتخذته المشرع الكويتي الملاحظات التالية:

١ - كان رائد المشرع في عدم الأخذ بنظام التقدم المكسب كسب قائم بذاته لكسب الملكية، ما قيل في شأنه من أن فيه إقراراً بإمكان كسب الحق بالغصب مادام الحائز يستطيع أن يكسب به الملكية ولو أقر بأن الشيء الذي يجوزه لم يكن مملوكاً له. ومع ثبوت هذا المنطلق نجد للمشرع موقفاً آخر يقبل فيه دوراً مكسباً للحياة أخذه من القوانين الوضعية الحديثة رغم أن فقهاء الشريعة لا يقولون به، وأقصد بذلك ما يعرف بقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية. وقيل في تبرير هذا الأخذ ما نصه: «وقد روي أن القواعد التي قال بها فقهاء المسلمين وخاصة الملكية، في شأن حياة المنقول لا تناسب متطلبات التعامل في مجتمعنا الحالي... ولهذا أخذ المشرع بأحكام حياة المنقول في القوانين الوضعية الحديثة»^(١). وكان على المشرع أن يتخذ موقفاً موحداً من النظامين (نظام التقدم المكسب وقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية)، فلم ألا يأخذ بهما نزولاً على موقف الفقه الإسلامي منها، أو يأخذ بهما تغليفاً للاعتبارات العملية، ولنظام التقدم المكسب، من الاعتبارات العملية التي تسنده، الكثير، على ما سبق أن بيناه في مواضع سابقة^(٢).

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة/٩٣٧.

(٢) راجع سابقاً البنود ٣٠٦/٢١١.

٢ - يكتفي المشرع، حتى تعتبر الحيازة الممتدة في الزمن دليلا على الحق ويحكم للحائز به، أن ينكر هذا حق الغير في الشيء المحوز وأن يدّعيه لنفسه ولو لم يبين سبب كسبه - فيجعل من الحائز - على هذا النحو مصدقا دائما بقوله . فإذا ما كان ادعاء الحائز كاذبا، فإن في الاكتفاء به لاعتبار حيازته دليلا على الملك قاطعا لا يجوز دحضه، إقرارا غير مباشر بإمكان كسب الملكية بالنصب وتغلبا للاعتبارات العملية التي توجب حماية الأوضاع المستقرة على اعتبارات العدالة . وتظهر خطورة هذه الملاحظة - على الأخص - حين نطبق الحل الذي أخذ به المشرع على حيازة المنقول بالذات . فحائز المنقول لن يكون بحاجة - بداهة - إلى الاستعانة بالنظام المقرر بالمادة/٩٣٥ والذي يفترض أن تستمر الحيازة مدة خمس عشرة سنة، إلا لكونه لم يستطع كسب ملكية المنقول فورا بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، من حيث كانت حيازته تفتقر إلى السبب الصحيح وحسن النية أي لكونه كان يعلم أنه يتلقى المنقول من غير مالكه، ومع ذلك يجد نفس هذا الحائز الباب يفتح أمامه من جديد بعد مضي مدة معينة للحكم له بأحقته في هذا المنقول، لمجرد كونه ينكر حق الغير فيه ويدعيه لنفسه ودون أن يبين سبب كسبه .

٣ - جعل المشرع من الحيازة في ذاتها قرينة على الملك (م/٩٢٣) قابلة لإثبات العكس. وهي تظل كذلك، أي قابلة لإثبات العكس طالما لم تمض عليها مدة خمس عشرة سنة، فيجوز للمالك الحقيقي أن ينازع الحائز ولو قبل اكتمال هذه المدة بيوم . فإذا أقام البينة على أحقيته في الشيء الذي تحت يد الحائز، أي نفي قرينة الملك، حُكم له به ضد هذا الحائز. وهذا الحل هو ما يتفق واتجاه الفقه الإسلامي . أما إذا مضت على هذه الحيازة مدة خمس عشرة سنة، فإن هذه القرينة تتحول إلى قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها (م/٩٣٥) دون أن يتطلب المشرع لهذا التحول أي جديد، فلا هو يشترط لذلك أن تكون الحيازة مبنية على سبب صحيح ولا أن يكون الحائز حسن النية . فقط يتخلع عليها هذه القرينة بمجرد أن ينكر الحائز حق غيره في الشيء المحوز ويدعيه لنفسه . وقد يكون لدى المالك الحقيقي الدليل الذي يستطيع أن يجادل به الحائز في الملك، فقط شاء حظه العائر أن يخطيء في حساب مدة الخمس عشرة سنة، فاعتقد أنه لا يزال يبقى فيها يوم وإذا هي في الحقيقة منقضية من يوم . فلماذا لا نسّمى الأشياء بمسمياتها الصحيحة ونقل أن المشرع هنا ينزل على الاعتبارات العملية ويغلبها على فكرة عدم جواز إقرار الغصب .

تقسيم:

بعد هذا التمهيد ، نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، نعرض في أولهما لشروط الحكم للحائز بالحق بدلالة الحياة الممتدة، وفي الثاني لأحكام النظام الذي أخذ به المشرع في المادة/ ٩٣٥.

الفرع الأول

شروط الحكم للحائز بالحق بدلالة الحياة الممتدة

شروط ثلاثة:

يتضح من نص المادة/ ٩٣٥ سالف الذكر^(١)، أنه يشترط للحكم للحائز بالحق، بدلالة حياته الممتدة، ما يلي:

أولاً: الحياة

إحالة:

٣١٢ - يشترط حتى يحكم للحائز بالحق، وفقاً للمادة/ ٩٣٥ أن يكون قد حاز عقاراً أو منقولاً، حياة قانونية مستكملة لركبتها المادي والمعنوي وأن تكون خالية من العيوب، وأن ترد هذه الحياة على ما يمكن كسب ملكيته من الأشياء. وقد سبق بيان كل ذلك في مواضع سابقة فنحيل إليها.

ويقع على الحائز عبء إثبات حياته للشئء، وله أن يقيم الدليل على حياته بجميع الطرق بحسبان الحياة واقعة مادية. وقد سبق بيان ذلك أيضاً.

٣١٣ - فقط تنوّه في هذا الموضوع إلى أن المحاكم الكويتية كانت تعمل أهمية كبرى

(١) أنظر من تطبيقات القضاء لهذا النص: تميز ١٩٨٤/١١/٧ الطعن رقم ٨٤/٤١ (المجلة ١٢ (٣٤) - ٦٣٤)، تميز ١٩٨٤/١١/٢١ الطعن رقم ٨٤/٥١ (المجلة ١٢ (٣٤) - ١٨٧)، تميز ١٩٨٥/٤/٣ الطعن رقم ١٩٨٤/١٠/٢ (المجلة ١٣ (٢٤) - ٣٣)، تميز ١٩٨٦/٣/٥ الطعن رقم ٨٥/١٠٦ تجاري (المجلة ١٤ (١/٤) - ٢٧-١٢٥).

على المصوّرات الجوية التي تجرّها الدولة على فترات زمنية، فتقبل ما تظهره هذه المصوّرات من مظاهر وضع اليد كدليل على وجود الحياة^(١). وقد قنن المشرع هذا التوجّه فأصدر المرسوم بالقانون رقم/ ١١٤ لسنة ١٩٨٦ في شأن حجية المصوّرات الجوية، ونص في المادة الأولى منه على أن: «تعتبر المصوّرات الجوية التي أجرتها أو تجرّها الدولة حجة على الكافة بما تدل عليه، ولا يجوز قبول دليل آخر يناقض هذه الحجة، وتقضي المحكمة بهذه الحجة من تلقاء نفسها.

ثانياً: شرط المدة

ضرورة استمرار الحياة خمس عشرة سنة (قرينة استمرار الحياة):

٣١٤ - كذلك يشترط أن تكون الحياة قد استمرت خمس عشرة سنة. ويقع على الحائز - بدهاء - عبء إثبات هذا الاستمرار^(٢) وهو ما كان يستوجب - بحسب الأصل - أن يقيم الدليل على توافر الحياة في كل لحظة من لحظات تلك المدة الطويلة.

٣١٥ - غير أنه بالنظر إلى تعدّد مثل هذا الإثبات على الحائز من الناحية العملية، فقد أقام المشرع قرينة من شأنها أن تسهّل، فنصت المادة/ ٩١٢ على أنه : «إذا ثبت قيام الحياة في وقت معين وفي وقت سابق معين اعتبرت قائمة بين الوقتين ما لم يثبت العكس».

وهكذا يكفي أن يثبت الحائز بجميع طرق الإثبات، أنه يجوز الحق حالا، وأنه كان يجوز في وقت ما في الماضي، ليُفترض من ذلك أن حياته ظلت مستمرة طوال المدة بين الوقتين. فإذا كانت هذه المدة خمس عشرة سنة، حكم له بالحق محل الحياة.

غير أن للملك الحقيقي - والفرض أن القرينة سابقة الإشارة هي مجرد قرينة بسيطة - أن يدحض هذه القرينة، بإقامة الدليل على أن حياة الحائز قد انقطعت خلال هذين الوقتين.

(١) أنظر مثلاً: تمّيز ١٩٨٢/٣/٢٤ الطعن رقم ٨١/٢٢١ تجاري المجلد ١١ (١ع) - ٩٢-٢٨، تمّيز ١٩٨٤/٤/٢١ الطعن رقم ٢٣٥، ٢١٣ تجاري (المجلد ١١ (١ع) - ١٣٢-٣٧، تمّيز ١٩٨٤/٢/١ الطعن رقم ٨٣/٨٤ تجاري (المجلد ١٢ (١ع) - ١٠٢-٢٥، تمّيز ١٩٨٤/١١/٢١ الطعن رقم ٨٤/٥١ (المجلد ١٢ (٣ع) - ٧٦-١٨، تمّيز ١٩٨٦/٣/٥ سابق الإشارة إليه.

(٢) في هذا المعنى: تمّيز ١٩٨٤/١/٤ الطعن رقم ٨٣/٣٧ تجاري (المجلد ١٢ (١ع) - ٣٢-٢٠.

إنتقال مدة حيافة السلف إلى خلفه العام:

٣١٦ - وتنقل مدة حيافة السلف إلى خلفه العام، بحيث يمكن لهذا الأخير أن يستمر في الحيازة التي كان قد بدأها سلفه. فإذا اكتملت - بهذا الاستمرار - مدة خمس عشرة سنة، أمكن لهذا الخلف أن يتمسك بالمادة/٩٣٥ فيحكم له بالحق محل الحيازة^(١).

على أن يلاحظ في هذا الصدد ما سبق أن قلناه من أن حيافة الخلف لا تعتبر حيافة جديدة مستقلة عن حيافة السلف، وإنما هي نفس حيافة هذا الأخير، انتقلت إلى خلفه^(٢) طبقا للمادة/٩١٧.

ومثال ذلك، أن يجوز شخص شيئا مدة ١٢ سنة، ثم يتوفى، ويتلقى وارثه هذا الشيء ضمن تركته. وعندئذ فإنه يكفي هذا الوارث - في سبيل التوصل إلى حكم له بالحق، أن يستمر في هذه الحيازة مدة الثلاث سنوات الباقية.

ضم عدد الحيازات في حالة الاستخلاف الخاص:

٣١٧ - كذلك يجوز للخلف الخاص^(٣)، الذي تعاقب على حيافة الشيء بعد سلفه، أن يضم إلى حيازته مدة حيافة السلف، طبقا للمادة/٩٢١ التي تقضي بأنه «يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيافة سلفه، في كل ما يربته القانون على الحيازة من أثر»^{(٤) (٥)}.

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الكويتي: تميز ١٩٨٢/٦/٢ الطعن رقم ٨١/٢٤١ (المجلة ١١ (١٤) - ١٩٨٦-٢٢٨)، تميز ١٩٨٣/٣/١٦ الطعن رقم ١١٦، ٨٢/١١٧ تجاري (المجلة ١١ (٣٤) - ١٩٨٣-١١٩).
(٢) في هذا المعنى: رينو ص/٢٥٢/بند/١٩٣، شابلان ص/٢٢٣/بند/١٤٨٩، نقض ١٩٨٨/٥/٢٥ (خلف ١١٣٠-٤٣٣) وقد جاء فيه أن «الوارث لا تكون له حيافة مستقلة عنها طال الزمن، ولو كان يجهل أصلها أو سببها، ما لم تصحب هذه الحيازة عناية صريحة ظاهرة في معارضة حق الأصل في الملك».

(٣) راجع في مفهوم الخلف الخاص في هذا الموضع / الصدد ص/٥٩٢-٥٩٠/بند/٣٦٢.
(٤) وهكذا ليس يلزم في هذا الشأن أن تكون الحيازة قد توفرت لنفس الشخص طوال المدة التي يستلزمها القانون لإمكان الحكم له بالحق والا لأصبح تطبيق المادة/٩٣٥ نادر الوقوع وإذ أن كثرة إنتقال الملكية في الحياة العملية تؤدي في الغالب إلى انتقال الحيازة من شخص إلى آخر قبل تمام هذه المدة، الصدد ص/٥٨٦/بند/٣٦٠.

(٥) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي في ضم الحيازات:

Dijon 7/3, 1910 S 1913-2-97, Paris 16/3/1949 J.C.P. 1949-2-4960 et note BECQUÉ

(٦).

على أن يلاحظ هنا، أن الأمر يتعلق بحيازة للخلف الخاص، مستقلة عن حيازة السلف وإن كان القانون يميز لهذا الخلف أن يضم الحيازتين معا^(١).

ومثال ذلك، أن يكون أحد الأشخاص قد وضع يده على شيء مملوك للغير مدة تسع سنوات، ثم باعه وسلمه إلى مشتريه. فعندئذ، يجوز لهذا المشتري، بحسبانه خلفا خاصا، أن يتمسك بالمادة/٩٣٥ فيطلب الحكم له بالحق في هذا الشيء إذا كان هو حازه مدة ست سنوات، ضامًا بهذا الشكل مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته، على أن ينكر حق الغير فيه ويدعيه لنفسه.

٣١٨ - وغني البيان أنه يشترط لإمكان ضم حيازة السلف أن تكون هذه الحيازة صالحة هي نفسها لترتيب الحكم المقرر بالمادة/٩٣٥، فإن لم تكن كذلك لكونها مثلاً حيازة عرضية أو مشوبة بغيب فلا يجوز للخلف أن يضمها إلى حيازته، لأنها يجوز له أن يتمسك بحيازته هو وحدها إن كانت صالحة لترتيب هذا الحكم، وشرط أن تستمر مدة خمس عشرة سنة.

ما قد يعترض سريان المدة من أسباب الوقف والانقطاع :

٣١٩ - قد تعرض مدة الخمس عشرة سنة التي يؤدي اكتسابها إلى إمكان الحكم للحائز بالحق في الشيء الذي يحوزه، لما يؤدي إلى وقفها أو انقطاعها لمصلحة المالك الحقيقي لهذا الشيء.

وقد أحالت المادة/٩٣٦ في هذا الشأن إلى قواعد عدم سماع دعوى الدين بمرور الزمان، فنصت على أنه: «تسري قواعد عدم سماع دعوى الدين بمرور الزمان على المدة التي تستمر خلالها الحيازة فيما يتعلق بحساب المدة ووقفها وانقطاعها والاتفاق على تعديلها، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة الحيازة».

ونقتصر في هذا الموضوع على إيجاز ما يميز وقف المدة وانقطاعها، في خصوص الحيازة الممتدة في الزمن، من أفكار، معتمدين في الباقي على سبق معرفة الطالب له من خلال دراسته لعدم سماع دعوى الدين بمرور الزمان، في مادة الالتزامات.

أ - وقف المدة :

٣٢٠ - يقصد بوقف مدة الحيازة تعطيل سريانها في مواجهة المالك الحقيقي لأحد

(١) في هذا المعنى: شاباس ص/٢٢٣ بند/١٤٨٩.

الأسباب التي تحول بينه ومطالبة الحائز برد شيء الذي يجوز، لتبقى المدة موقوفة ما بقي هذا السبب، فإذا زال استأنفت المدة سريانها، دون أن تدخل في الحساب الفترة التي توقفت فيها.

ويمكن استخلاص أسباب الوقف، مما نصت عليه المادة/٤٤٦ في خصوص مرور الزمان المانع من سماع دعوى الدين، حين قضت بأنه:

«١ - لا تسري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على (الدائن) أن يطالب (بحقه) ولو كان المانع أدبياً، كما أنها لا تسري كذلك فيما بين الأصيل والنائب».

«٢ - ويعتبر مانعاً يتعذر معه المطالبة بالحق، عدم توفر الأهلية في (الدائن) أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً».

فدأت هذه الأسباب هي التي توقف أيضاً سريان مدة الحيابة. كل ما في الأمر أنه يتعين علينا - ونحن بصدد الحيابة - أن نقرأ لفظة (الدائن) الواردة في هذا النص على أنها صاحب الحق في الشيء محل الحيابة، وتعبير (يطالب بحقه) على أنه مطالبة صاحب الحق في الشيء محل الحيابة بحقه في مواجهة الحائز. ولا نجد مبرراً للوقوف بالشرح التفصيلي عند كل هذه الأسباب^(١)، فقد سبق للطالب دراستها في مادة الالتزامات. ونكتفي بالوقوف فقط عند بعض الأفكار التي نرى من الضروري لفت الانتباه إليها.

٣٢١ - فقد يثور تساؤل حول ما إذا كان جهل المالك الحقيقي باعتدائه الحائز على حقه يصلح سبباً لوقف مدة حيابة الحائز بحسبان هذا الجهل مانعاً مادياً يحول بين المالك ومطالبة الحائز بحقه؟

أجابت محكمة النقض المصرية على هذا التساؤل بالإيجاب، ولكنها اشترطت لذلك ألا يكون مرجع هذا الجهل إلى إهمال صاحب الحق (المالك) أو تقصيره^(٢). وينفس الحل تقريباً أخذت محكمة النقض الفرنسية حين قضت في أحد أحكامها بأن التقادم

(١) راجع في أسباب وقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم المسقط)، محمد شكري سرور، الأحكام العامة للالتزام، المرجع السابق الإشارة الصفحات من ٣٤٦ - ٣٥٠ البتود من ٤٦٨ - ٤٧٠.

(٢) فقد جاء في حكمها الصادر في ١٩٤٨/٤/٢٢ أن «الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره. فإذا كان الحكم قد نفى عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانب في جهله باغتصاب ملكه، فإنه لا يكون مخطئاً إذا اعتبر أن مدة التقادم لا تنحسب في حقه، إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه» (مجموعة عمر جـ/٥ رقم ٣٠٣ ص/٦٠٢).

يقف إذا كان صاحب الحق معذورا في جهلة بالواقعة التي تخوله المطالبة بحقه^(١). ويُظهر الفقه الفرنسي تخوفا من الأخذ بهذا الاتجاه لأن «اعتبار هذا الجهل سببا للوقف يكاد يهدم نظام التقادم، حيث أنه، عملا، لا يتم التقادم ضد أشخاص يكونون على بينة من الاعتداء الواقع على حقوقهم، وإنما يتم ضد هؤلاء الذين يجهلون مثل هذا الاعتداء^(٢)».

لذلك يعتقد البعض، في مصر أن هذا الجهل لا يكفي سببا لوقف التقادم «إلا إذا كان هناك مانع يُعذر معه على صاحب الحق أن يعلم بهذا الاعتداء^(٣)».

وننوه - في هذا الخصوص - إلى أنه، إذا كان جهل المالك بالاعتداء على حقه جهلا يشاركه فيه الكافة لأن الحائز كان يباشر السيطرة المادية على الشيء المحروز بطريقة غير ظاهرة، فإن الحيابة تكون معيبة بعيب الخفاء فلا تصلح أصلا لترتيب أثرها في إمكان الحكم للحائز بالحق.

٣٢٢ - وفي خصوص الموانع الأدبية، يجدر التنويه أيضا إلى أن العلاقة التي تقوم بين صاحب الحق والحائز، قد تقترب بأحد الأوضاع التي تُفقد الحيابة صلاحيتها لأن يحكم للحائز بالحق، فنكون بصدد أكثر من مجرد إيقاف لسريان مدة الحيابة: فقد يكون من شأن هذه العلاقة أن تجعل الحيابة مشوبة بعيب اللبس^(٤)، كما لو وضع الأخ الأكبر يده على أعيان التركة بعد وفاة والده، فلا يتضح ما إذا كان يريد الاستئثار لنفسه بهذه الأعيان أم أنه يجوزها لحساب نفسه وبقية الورثة. وقد تدل هذه العلاقة على أن الحيابة تقوم على تسامح من جانب صاحب الحق^(٥) فتكون الحيابة عندئذ مجرد عرضية، كما هي الحال حين يضع الزوج يده على عقار مملوك لزوجته فتتركه هي ينتفع به من قبيل التسامح. وقد تقوم هذه العلاقة بناء على سند يلزم الحائز بإدارة الشيء والمحافظة عليه لحساب صاحب الحق^(٦)، فتكون حيابة الحائز لهذا الشيء مجرد حيابة عرضية أيضا، كما هي الحال في العلاقة بين الأصيل والنائب مادامت علاقة النيابة قائمة.

٣٢٣ - وإعلا للمادة/٤٤٧ (الواردة في خصوص مرور الزمان المانع من سماع

(١) نقض فرنسي ١٩٤١/١/٢٧ مشار إليه في محمود جمال الدين زكي، بند/٣٠٥ هامش/١٠.

(٢) اتجاه منسوب للفقه الفرنسي، أشار إليه، وذكر القائلين به: الصده ص/٥٩٩ بند/٣٦٤ وهامش/٢.

(٣) انظر الصده ص/٥٩٩، بند/٣٦٤ (ويمثل لهذا المانع بأن يصاب صاحب الحق بمرض يحول بينه وبين هذا العلم).

(٤) (٥) (٦) في هذا المعنى: الصده/٦٠٠، ٦٠١ بند/٣٦٤.

دعوى الدين^(١) على الحياة، يمكن القول بأنه، إذا ما كان سبب الوقف يقوم بالنسبة لبعض المالكين دون البعض الآخر، فإن أثره في وقف مدة الحياة يقتصر على من قام به سببه منهم دون الباقيين^(٢)، إلا إذا كان الحق الواردة عليه الحياة غير قابل للتجزئة كحق الارتفاق، ففي هذه الحالة يستفيد من الوقف باقي المالكين.

٣٢٤ - بقي التذكير بأن أثر الوقف يقتصر على إسقاط الفترة التي دام فيها سببه من مدة الحياة، فإذا فرض وكان سبب الوقف مصاحباً لبدا الحياة فإن هذه لا تبدأ في السريان أصلاً إلا بعد زوال هذا السبب.

ب - إنقطاع المدة :

٣٢٥ - يقصد بانقطاع مدة الحياة زوال ما مضى منها قبل حدوث سببه، بحيث إذا كسب الحائز حياة الشيء مرة أخرى يبدأ حساب مدة جديدة كاملة، مع عدم الأخذ في الاعتبار لما مضى من مدة^(٣).

ويأخذ انقطاع المدة، في خصوص الحياة، إحدى صورتين:

١ - الإنقطاع الطبيعي interruption naturelle :

٣٢٦ - تنقطع مدة الحياة بخروج الشيء محلها من سيطرة الحائز، إذ تعتبر الحياة في هذه الحالة قد زالت^(٤). يستوي في هذا الشأن أن يكون هذا الخروج بإرادة الحائز نفسه الذي تخلى عن الحياة، أو دون إرادته، بانتزاع الغير الحياة لنفسه، شرط أن يكون هذا الغير، بهذا الإنتزاع، قد قصد أن يضع يده على الشيء لحساب نفسه لا

(١) وهي تقضي بأنه: «إذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة إلى بعض ورثة الدائن، فإن المدة لا توقف بالنسبة إلى بقية الورثة».

(٢) مثال ذلك، أن يقع أحد المالكين على الشيوع لعقار أسيراً في حرب، فإن الحياة التي بدأها الحائز على هذا العقار ينفى سريانها في حق هذا الأسير فقط بقدر حصته في المال الشائع، ويحكم للحائز بالحق بقدر حصة الباقيين الذين اكتملت مدة حياتهم في مواجهتهم.

(٣) ويوجه هذا الحكم، عند البعض، أن الوقف نفسه «ميزة استثنائية، فلا تصرف آثاره إلا إلى الشخص الذي يقوم به سبب الوقف» الصلح ص/١٠٦ بند/٣٦٦.

(٤) راجع في انقطاع التقادم المسقط للدين (أو ما يطلق عليه في القانون الكويتي انقطاع مرور الزمان المانع من سماع الدعوى بالدين)، محمد شكري سرور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق ص/٣٥٠ وما بعدها البند ٤٧١-٤٧٤.

(٥) وتعبيراً عن هذا المعنى، وفي معرض التفرقة بين انقطاع مدة الحياة ووقفها، يقول رينو «فلا انقطاع ينتج عن واقعة تعصيب الحياة نفسها فيجعلها مثلاً فعلاً «effectivement arrêtée» ص/٢٤٩ بند/١٩٠.

لحساب الحائز الأصلي .

على أنه استثناء من هذه القاعدة إذا استطاع الحائز أن يسترد الحيازة خلال ثلاث سنوات، من تاريخ سلبها منه إن كان الأمر يتعلق بعقار (م/٩٢٢) أو من تاريخ فقد المحوز أو سرقته إن كان الأمر يتعلق بمنقول (م/٩٣٩) فإن الحيازة لا تكون - قانوناً - قد انقطعت، وإنما تعد في حكم المستمرة، ويعد الحائز وكأنه لم يفقدها في أي وقت، بحيث تحسب المدة اعتباراً من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة بها في ذلك الفترة التي فقدت خلالها، ثم تستكمل بالمدة اللاحقة على الاسترداد.

وأثر الانقطاع الطبيعي مطلق، فيما يعني أن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وهو أمر مفهوم، فالفرض أن الحيازة هنا زالت، فيكون، زاولها في مواجهة الكافة.

٢ - الإنقطاع المدني (أو الحكمي) Interruption civile

٣٢٧ - ويمكن أن تنقطع مدة الحيازة، رغم بقاء الحيازة للحائز، بالأسباب الآتية:

أولاً: بالمطالبة القضائية، من جانب صاحب الحق بحقه على الحيازة^(١) ولو رفعت دعوى المطالبة أمام محكمة غير مختصة^{(٢)(٣)}.

وتبقى المدة مقطوعة ما بقيت الدعوى قائمة، فإذا ما فصل فيها لغير مصلحة الحائز، وكان هذا الأخير لا يزال حائزاً للشيء، بدأت مدة جديدة في السريان بحيث لا يمكن أن يُحكم للحائز بالحق إلا بمضي مدة ١٥ سنة كاملة محسوبة من تاريخ صدور الحكم في الدعوى. أما إذا كان هذا الحكم قد صدر لمصلحة الحائز (أي برفض دعوى المالك الحقيقي)، فإن أثر الدعوى في قطع المدة يزول، بحيث تعتبر مدة الحيازة سارية منذ البداية لم تنقطع.

ثانياً: بإقرار الحائز بحق الغير على الشيء، صريحاً كان هذا الإقرار أو ضمنياً. إذ

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الكويتي، حكم تميز ٢٢/٥/١٩٨٥ في الطعون أرقام ٢٣٦/٨١، ٦٢، ١٣/٨٤ تجاري (المجلة ١٣ (٢٤) - ١٦٨-٣٩).

(٢) وقضى بأن بمجرد حصول تصرف قانوني على العين على الحيازة من قبل مالكاها الأصلي ولا يعد هذا التصرف قاطعاً للتادم، نقض ٩/٤/١٩٦٨ (خلف ١٠٦١-٤١٢).

(٣) وقضى بأنه: ومتى كانت المنازعة التي أثارها المالك الأصلي للمعار حائزها لاحقة لاكتساب مدة التقادم... فإنه لا يتعد جهاء، نقض ٧/٢/١٩٦٧ (خلف ١٠٤٨ - ٤٠٩).

يعني هذا الإقرار أن الحائز لا يعتبر نفسه صاحب الحق على الشيء.

ويستخلص الإقرار الضمني من أي عمل يقوم به الحائز ويتضمن اعترافه بحق المالك الحقيقي، كقيامه بدفع أجرة هذا الشيء إلى هذا المالك.

على أن يلاحظ أنه إذا ما تجاوز الحائز مجرد الإقرار بأن ما يحوزه ليس مملوكا له إلى اعترافه بأنه مدين كذلك برده إلى مالكه، لكونه مثلا مجرد مستأجر أو مستعير له، فإن الأمر عندئذ يتعدى مجرد قطع مدة الحياة السابقة على هذا الاعتراف، ولا يعد بإمكان الحائز بعد ذلك أن يستند إلى هذه الحياة في طلب الحكم له بالحق طبقا للمادة/ ٩٣٥، تلك الحياة التي انكشف - بهذا الاعتراف - أنها لم تكن سوى مجرد حياة عرضية.

وعلى العكس من الانقطاع الطبيعي، يكون الانقطاع المدني نسبي الأثر، فلا يستطيع أن يتمسك به سوى صاحب الحق الذي صدرت عنه المطالبة القضائية، أو الذي أقر له الحائز بالحق، ومن ثم، فإذا كان الحائز مثلا قد وضع يده على شيء مملوك على الشيوع لشريكين، فقام أحد هذين الأخيرين برفع دعوى الاستحقاق على الحائز، فإن هذه الدعوى تقطع مدة الحياة لمصلحة الشريك رافعها وحده، بحيث لا يستطيع الشريك الآخر أن يتمسك بهذا الانقطاع بل تظل مدة الحياة سارية بالنسبة له ومحسوبة منذ بدء الحياة.

ثالثا

إنكار الحائز حق الغير وادعاء الحق لنفسه

٣٢٨ - وفضلا عن الحياة التي تمتد في الزمن مدة خمس عشرة سنة، يتعين حتى تعتبر الحياة دليلا قاطعا على الحق ويحكم للحائز به، أن ينكر الحائز - عند المنازعة - حق الغير في المنقول أو العقار الذي يحوزه ويدعي هذا الحق لنفسه ولو لم يبين سبب كسبه (م/ ٩٣٥). وهذا الشرط هو الذي يبرز الفارق الجوهرى بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية. فها دامت الحياة لا تعدو أن تكون دليلا وليست سببا لكسب الحق، لزم أن يدعي الحائز حين المنازعة أنه هو المالك ولا يكفي مجرد التمسك بالحياة.

٣٢٩ - وقولنا بلزوم أن يكون إنكار الحائز حق الغير على الشيء والادعاء به لنفسه (حين المنازعة)، يعني أنه ليس يكفي ذلك الإنكار الضمني الأولي، الذي يفترضه أصلا كون الحياة خلال مدة الخمس عشرة سنة كانت حياة قانونية وليس مجرد حياة

عرضية. فقد مرّ بنا أن الحياة القانونية تستلزم، إلى جانب مباشرة الأعمال المادية قوام عنصرها المادي، توافر العنصر المعنوي المتمثل في قصد الحائز، في مباشرته لهذه الأعمال، الظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني الآخر، وإلا كانت حيازته مجرد حيازة عرضية لا ترتّب أصلاً أثرها القانوني. فالشرط محل البحث (إنكار حق الغير والادعاء به للنفس) هو شرط إضافي، مستقل، يفترض حيازة قانونية (بعنصرها المادي والمعنوي) استمرت مدة خمس عشرة سنة، وبعد ذلك، وعند منازعة الحائز في حقه في الشيء الذي يجوز من قبل الغير، ينكر الحائز حق هذا الأخير في الشيء ويدعيه لنفسه.

٣٣٠ - كما أن قولنا «عند المنازعة» يفترض أن يكون إنكار الحائز حق الغير والادعاء به لنفسه أمام القضاء. إننا يمكن أن يتم ذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لكن لا يجوز إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة التمييز.

٣٣١ - ولما كان الإنكار مسألة تتصل بمحض ضمير الحائز، فلا يقبل - بداهة - إلا منه هو شخصياً. إننا لا يلزم أن يتم في شكل معين أو صيغة محددة، كل ما في الأمر أنه يجب أن يكون واضح الدلالة في معناه على أن الحائز ينكر حق الغير في الشيء ويدعيه لنفسه.

الفرع الثاني

أحكام النظام المقرر بالمادة/ ٩٣٥

وجوب التمسك بالأثر الذي يرتبه القانون على الحياة الممتدة (التقادم)

٣٣٢ - إن التقادم^(١) سواء أكان مكسباً للحق^(٢)، أو مانعاً من سماع دعوى منازع الحائز فيه^(٣)، أو دليلاً قاطعاً على الحق ينحول الحائز الحصول على حكم به^(٤)، هو - في كل الأحوال - خيار للحائز، فلا يترتب عليه أثره تلقائياً أو بقوة القانون وإنما يجب أن يتمسك الحائز بهذا الأثر^(٥)، فلا تستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها،

(١) أو الحياة الممتدة.

(٢) كما هو الحال في القانون المصري.

(٣) كما هو الحال في النظام الإسلامي.

(٤) كما هو الحال في القانون الكويتي (م/٩٣٥).

(٥) في هذا المعنى: نقض ١٩٨٦/٥/٢٩ (خلف ١١١٥ - ٤٢٧).

خصوصاً وأن دلالة الحياة، وإن امتدت، على الملك قد لا تكون مطابقة للحقيقة، وقد يأبى على الحائز ضميره أن يحكم له بحق هو للغير لمجرد وجوده في مركز يسمح له بالحصول على مثل هذا الحكم.

٣٣٣ - يحصل التمسك بالتقادم - عادة - عن طريق الدفع. وهو دفع موضوعي يواجه به الحائز دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك.

٣٣٤ - وفي القوانين التي تجعل من التقادم سبباً مكسباً للملكية، كالقانون المصري، يُتصور أيضاً أن يتم التمسك بالتقادم بطريق الدعوى. مثال ذلك: أن يخرج الشيء - بعد كسب ملكيته بمضي المدة - من حيازة الحائز (كما لو اغتصبه الغير منه مثلاً)، فيستطيع الحائز أن يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحياة، ويكون سنده في رفعها أنه تملك هذا الشيء بالتقادم.

وفي الشريعة الإسلامية لا يعطي مرور الزمن للحائز إلا دفعا، يواجه به دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك، هو الدفع بعدم سماع الدعوى، فلا يستطيع الحائز إذا خرجت العين من حيازته أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد^(١).

وحيث يقف القانون الكويتي، بالحل الذي اعتمده في المادة/٩٣٥، موقفاً لا هو بنظام التقادم المكسب ولا هو بنظام منع سماع الدعوى، فإن شكاً يثور فيه حول مدى إمكان التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى^(٢). وتحديدًا حول ما إذا كان يجوز للحائز الذي اغتصب منه الحياة بعد مضي خمس عشرة سنة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد. ومبعث الشك أن مضي هذه المدة لم يكسب بذاته ملكية الشيء للحائز كما هو الحال في نظام التقادم المكسب حتى يقال، بدقة، أن الحائز يستطيع أن يستند إليه في رفع دعوى الاستحقاق، فهذه تفترض أن ترفع من مالك.

والقول بجواز رفع هذه الدعوى على الحائز الجديد، إن صح، من شأنه أن يفتح الباب لتصبح ممكن، بأن يستحث الحائز، الحائز الجديد على اغتصاب الحياة منه حتى يتمكن من رفع دعوى استحقاق ينكر فيها حق هذا الأخير في الشيء ويدعيه لنفسه

(١) راجع في هذا الشأن، السبوري ص/١٠٧٢ هامش/٣.

(٢) أما التمسك به بطريق الدفع فلا شك فيه. بل إنه هو الذي كان في ذهن المشرع عندما أخذ بهذا النظام. يرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز، فيدفعها هذا الأخير بأن ينكر حق الحائز في الشيء ويدعيه لنفسه ويطلب الحكم له به.

وصولا إلى الحكم له به، إذا ما كان المالك الحقيقي للشيء يتقاعس عن رفع دعوى الاستحقاق على الحائز.

بل يظل الشك في إمكان التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى قائما في القانون الكويتي ولو كان يراد رفع هذه الدعوى على المالك الحقيقي. فقد يصعب تصور قبول دعوى يرفعها الحائز لا شيء إلا لينكر فيها حق شخص ما في الشيء الذي يحوزه ويدعيه لنفسه إن كان هذا الشخص بالفرض لم ينازعه أصلا.

٣٣٥ - لكن القول - في نفس الوقت - بأن أثر التقادم لا يمكن إعماله في القانون الكويتي إلا بطريق الدفع، من شأنه أن يقضي تقريبا على هذا الأثر في أهم وجوهه وهو الحكم للحائز بالحق، مادام أن الوصول إلى هذا الحكم سيكون ولا بد - عندئذ - أن يمر من خلال دعوى، بيد الغير أمر رفعها^(١).

مدى إمكان التنازل عن التمسك بهذا الأثر:

٣٣٦ - وفي القوانين التي تأخذ بنظام التقادم المكسب، يقال أنه، كما أن للحائز أن يتمسك بهذا التقادم فإن بإمكانه أن يتنازل عنه، صراحة أو ضمنا^(٢). شرط - فقط - أن يكون هذا التنازل بعد ثبوت الحق فيه، أي بعد إكتتال مدته.

أما في القانون الكويتي فالقول بإمكان التنازل عن التمسك بأثر التقادم^(٣) بعد ثبوت الحق فيه، على صحته، يكون قولاً محض نظري. فالحق في التمسك بأثر التقادم (وهو الحكم للحائز بالحق) لا يثبت كما عرفنا إلا بعد توافر شروطه، ومنها بالأخص إنكار الحائز حق الغير على الشيء المحوز والادعاء به لنفسه. ويصعب تصور أن يعود الحائز بعد إذ قطع هذا الشوط إلى التنازل عن الحكم له بالحق في مواجهة مُنازعه فيه.

أثر التمسك بالتقادم:

٣٣٧ - فإذا توافرت الشروط المنصوص عليها بالمادة/٩٣٥: من حيازة، ومضي مدة ١٥ سنة، وإنكار الحائز حق الغير في الشيء الذي يحوزه والادعاء به لنفسه، وتمسك

(١) ومع أسباب كل هذا التردد الذي نبهه، نجد غيرنا من شروط نظام المادة/٩٣٥ مدني كويتي، يعمرون على المسألة بكل بساطة فقدموا حتى الدعوى على الدفع. أنظر إبراهيم الدسوقي ص/٣٠٠ بند/٢٩٦.

(٢) أنظر نقض ١٩٨٦/٥/٢٩ سابق الإشارة إليه.

(٣) وهو الحكم للحائز بالحق.

الحائز بالتقادم، اعتبر صاحباً للحق الذي يجوز، ملكية كان أو حقاً عينياً آخر، وكذلك توابع هذا الحق متى كانت بدورها محلاً للحيازة، وحكم له به وجوباً، دون ما سلطة تقديرية في ذلك للمحكمة.

٣٣٨ = وهو يعتبر صاحباً للحق الذي حكم له به ليس فقط منذ اكتتال مدة التقادم، وإنما منذ بدء الحيازة^(١). ويترتب على ذلك:

أ - أن تعد ثمار الشيء المحاز حقاً خالصاً للحائز منذ بدء الحيازة^(٢)، ولا يثور بحث فيما إذا كان حسن أو سيء النية وقت قبضها، فهو يملكها بحسبانه صاحب الحق في الشيء الذي ينتجها وليس مجرد حائز له.

ب - أن الحقوق العينية، أصلية أو تبعية، التي يكون الحائز قد رتبها على الشيء أثناء حيازته له تستقر نافذة باعتبارها صادرة ممن يملك ترتيبها، أما الحقوق التي يكون غير الحائز (كالمالك الحقيقي) قد رتبها على الشيء في تلك الفترة فلا يحتاج بها في مواجهة الحائز لكونها تعتبر صادرة من غير صاحب حق^(٣).

ج - أن الحائز يعتبر مالكا للشيء بحالته وقت بدء الحيازة، بما يفرع عليه من أنه، إذا كان الشيء، إذ ذاك محملاً بحق عيني، بقي محملاً به بعد الحكم للحائز به، إلا إذا سقط هذا الحق بسبب خاص به^(٤).

(١) أنظر نقض ١٩٦٩/٦/٤ (خلف ١٠٧١ - ٤١٤).

(٢) في هذا المعنى: شاباس ص/ ٢٤٠ بند/ ١٥٠٩.

(٣) أنظر نقض ١٩٦٩/٦/٤ السابق: نقض ١٩٨٨/٢/١٠ (خلف ١١٢٣ - ٤٣٠).

(٤) في هذا المعنى: شاباس ٢٤١/٢٤٠ بند/ ١٥١٠.

الباب الثاني

أحكام حق الملكية

تقسيم:

نوزع الدراسة في هذا الباب على فصلين، نجعل أحدهما لأحكام حق الملكية في التنظيم العام له، فيما نجعل الثاني للأحكام الخاصة بالملكية الشائعة.

الفصل الأول

أحكام حق الملكية في التنظيم العام له

تقسيم:

نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين، نعرض في أولهما لنطاق حق الملكية من حيث محل هذا الحق، فيما نكرس الثاني للقيود التي ترد على الملكية.

المبحث الأول

نطاق حق الملكية (من حيث محله)

تمهيد:

٣٣٩ - سبق أن عرضنا لنطاق حق الملكية من حيث مضمونه، أي لسلطات المالك، وهي - على ما رأيناه - كل من سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال وسلطة التصرف^(١). أما في هذا الموضع فإننا نعرض لنطاق حق الملكية من حيث محله.

٣٤٠ - وننوه - في البداية - إلى أن حق الملكية - بحسبانه حقاً عينياً، أي سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات - يكون محله بالضرورة، شيئاً مادياً^(٢). أما ما يعرف بحقوق الملكية الأدبية والفنية^(٣) وحقوق الملكية الصناعية^(٤)، فبالرغم من صريح إسمها، فإنها ليست حقوق ملكية بالمعنى الدقيق، وإنها هي حقوق ذهنية^(٥) لها أحكامها وقوانينها الخاصة بها. وهي إذا كانت تقترب من حق الملكية من حيث كونها، مثله، مما يجتج بها على الكافة، لا تثقل ذمة شخص محدد وتحمل بها في مواجهة صاحبها كمدِين له بها^(٦)، إلا أنها - على العكس - تفتقر إلى خاصية الدوام، إحدى مميزات حق الملكية^(٧). فهي - بالأدق - تتحلل في احتكار استغلال موقوت بمدة محددة^(٨) بالنظر

(١) أنظر سابقاً البند من ٩٠٣.

(٢) وإذا كانت الملكية يمكن أن ترد على السند لحامله مع أن محله حق شخصي (حق دائني) فلأن هذا الحق يتجسد هنا في السند نفسه كشيء مادي ويختلط به.

(٣) أنظر: محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، المرجع سابق الإشارة بند/ ٣٤ وما بعده.

(٤) Droits de propriété littéraire artistique.

(٥) Droits de propriété industrielle.

(٦) Droits intellectuels.

(٧) ٩ - في هذا المعنى: شاباس بند/ ١٣٥١.

(٨) أنظر: CATALA: La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne. R.T. 1966.

P. 185 et s., Spéc. No. 20 et s.

إلى ما للهيئة الاجتماعية نفسها من فضل على المبتكر (مؤلفا أو مخترعا)، فهو مدين لها بشمرات فكره التي أفاد، في تكوينها، من مجموع التراث الفكري للإنسانية^(١).

٣٤١ - وحيث يرد حق الملكية على شيء مادي، فإن نطاق هذا الحق يشمل - طبقا لصريح المادتين/ ٨١١، ٨١٢ مدني: الشيء ذاته، وملحقاته، كما يشمل ثباره ومنتجاته. وإذا كان هذا الشيء أرضا امتد نطاق حق ملكيتها ليشمل ما فوقها من علو وما تحتها من عمق في حدود معينة. فتتص المادة/ ٨١١ على أن: «ملكية الشيء تشمل أجزائه، وثباره، ومنتجاته، وملحقاته، مالم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك». وتتص المادة/ ٨١٢ على أن: «ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد المتمتع بها وفقا للمألوف، مالم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك».

ونفصل - فيما يلي - ما أجملناه:

شمول الملكية للشيء ذاته، وملحقاته:

٣٤٢ - أ- ينصب حق الملكية - أساسا - على الشيء ذاته. وحين يكون هذا الشيء منقولاً فإن تعيين حدوده المادية لا يثير أية صعوبة، لأن المنقول (وهو الشيء الذي يقبل بطبيعته - الانتقال من مكان لآخر دون أن يصبه التلف) منفصل مادياً بطبيعته، عن الأشياء الأخرى. أما حين يكون هذا الشيء عقارا فقد تقرم صعوبات في تعيين حدوده المادية، خصوصا إذا كان أرضاً^(٢) نظرا لتجاور الملكيات^(٣). ومن هنا يفهم أن يكون لكل مالك، في الأراضي المتجاورة، حق إجبار جاره، عند الإقتضاء، على وضع حدود لأملكها المتلاصقة (م/ ٨١٣) على ما سنراه فيما بعد^(٤).

٣٤٣ - وورود حق الملكية على الشيء ذاته، يكون على هذا الشيء بجميع

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، المرجع السابق بند/ ١١٦ وما بعده.

(٢) أما في المباني فإن تماسك أجزاء المبنى يجعل من السهل تحديده أنظر في هذا المعنى / محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٢.

(٣) ففي الأراضي، لا تكون الملكيات متميزة بعضها عن البعض الآخر بطبيعة الأراضي نفسها، وإنما يتم هذا التمييز بطريقة اصطناعية، بوضع حدود بين الملكيات المتجاورة، أنظر، شاباس بند/ ١٣٥٢. وهذه الحدود يعاد ترتيبها تبعاً لما يدخل على نطاق حق الملكية من تغيير، سعة أو نقصاناً.

(٤) أنظر لاحقاً بند/ ٣٧٢ وما بعده.

أجزائه. فملكية المنزل مثلاً تشمل جميع أجزائه من أبواب ونوافذ ودرج وشرفات... الخ. وملكية السيارة تشمل سائر أجزائها من هيكل وعرك وإطارات... الخ.

والنص على أجزاء الشيء في المادة/ ٨١١ (حين قضت بأن ملكية الشيء تشمل أجزاءه) يقابل ماورد في القانون المصري والقوانين العربية التي نقلت عنه أو تأثرت به، من أن: «مالك الشيء يملك كل ما يُعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير» (م/ ١٨٠٣ مدني مصري). فالمرجع الكويتي، على هذا النحو، استبدل بلفظة «عناصره» الواردة في النص المصري لفظه «أجزاء»، واكتفى بها، فيما قيد المشرع المصري لفظه «عناصره» بقيد ضرورة كونها «جوهريّة»، وهو ما استوجب منه أن يستطرد محددًا معيار جوهريتها، فحدده بعدم إمكان فصل العنصر عن الشيء دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.

ومزية كلمة «أجزاء» المستخدمة في النص الكويتي - على إيجازها - بالمقارنة للعبارة المطولة المستخدمة في النص المصري، تبدو من ناحيتين:

الأولى: أن وصف العناصر التي يملكها المالك بأنها العناصر «الجوهرية» يفيد أن العناصر غير الجوهرية لا تشملها الملكية وهو غير صحيح. فكل ما يعتبر جزءاً أو عنصراً من الشيء محل الحق تمتد إليه الملكية أيا كانت درجة أهميته حتى ولو كان من الكماليات.

الثانية: أن معيار جوهريّة العنصر، من علمها، المحدد في النص المصري، يكتنفه الغموض، إذ يدعو إلى التساؤل عن «الشيء» الذي تعود عليه عبارة «دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير»، هل هو العنصر الجوهري أم الشيء الأصلي؟. فإذا كان المقصود هو العنصر الجوهري (أي الجزء) فإن الضابط يكون غير صحيح؛ لأن بعض ما يعتبر جزءاً من الشيء يمكن فصله دون أن يهلك أو يتلف، أو يتغير، مثل كثير من أجزاء السيارة وبعض أجزاء المباني كالأبواب والنوافذ. وإذا كان المقصود هو هلاك أو تلف أو تغير الشيء الأصلي، فالضابط غير مفيد، فبعض العناصر لا تكون بالتأكيد جزءاً من الشيء (كصورة معلقة على حائط منزل) وبعضها الآخر يكون جزءاً منه (كتمثال مثبت على قاعدة في مدخل منزل) مع أن بالإمكان في الحالتين فصل العنصر عن الشيء الأصلي دون أن يهلك هذا الشيء أو يتلف أو يتغير.

٤٣٤ - وأياً ماكان الأمر فإن هذا القدر من تحديد ما يملكه مالك الشيء بأنه الشيء بجميع «أجزائه» رآه المشرع يكفي تشريعاً. وإذا أثير النزاع في العمل حول ما

إذا كان شيء ما يعتبر أو لا يعتبر جزءا من شيء آخر فالقاضي يفصل فيه على ضوء الظروف والاستعانة عند اللزوم بالعرف وتقدير أهل الخبرة.

٣٤٥ - ب - وبالإضافة إلى أجزاء الشيء تشمل ملكية الشيء، ملحقاته - acces solres . ويقصد بها كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، وفقا لعرف الجهة وقصد من أعدّها دون أن تكون جزءا من الشيء ذاته ولا متولدة منه (كالشمار) أو ناتجة عنه (كالمنتجات). فيعتبر من ملحقات المصانع - مثلا - ما يلحق بها من مخازن، ومن ملحقات الأراضي الزراعية ما يلحق بها من السواقي والحظائر. ويعتبر من ملحقات السيارة - إطارها الاحتياطي، وما يلزم من الأدوات لرفعها . . الخ. ويعتبر من ملحقات العقار، أرضا كان أو بناء، حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص، وهكذا.

إنما يلزم أن تكون هذه الأشياء معدّة بصفة دائمة لأن تكون تابعة للأصل وملحقة به. فإن كانت معدّة لذلك بصفة وقتية فلا تعتبر من ملحقاته^(١).

ولأن ملكية الشيء تشمل ملحقاته، فإن نقل ملكية الشيء أو رهنه، يمتد بالتبعية إلى هذه الملحقات، ما لم يتفق على غير ذلك.

(١) وكما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه، فإنها لا تعتبر من ملحقات الأرض؛ راجع محمود جمال الدين زكي بند/ ٢٨ نقلا عن السنهوري بل تنظر هذه الأشياء مملوكة لمصاحبها.

شمول ملكية الشيء لثماره ومستجاته (إحالة):

٣٤٦ - كذلك تشمل ملكية الشيء ما يتولد منه من ثمار، وما ينتج عنه من منتجات (م/٨١١). وقد سبق بيان معنى كل من الثمار والمنتجات فتحيل فيها إلى ذلك الموضع^(١).

شمول ملكية الأرض للمعلو والعمق^(٢):

٣٤٧ - وملكبة الأرض بالذات، لا تقتصر على سطحها وحده، وإلا لما أمكن للمالك أن يفيد على نحو جذي من الأرض التي يملكها^(٣). وإنما تمتد الملكية إلى ما تحت سطح الأرض من عمق وإلى ما فوقه من علو^(٤). وهذا الأخير تحدده خطوط مستقيمة تقرم نظريا على «حدود الأرض»^(٥).

٣٤٨ - وتبعاً للملكية العمق، يكون للمالك - مثلاً - أن يستخرج من جوف أرضه ما بها من أحجار، وأن يمد بها المواسير ويحفر فيها القنوات... الخ. وله أن يمنع الغير عن إتيان أي من هذه الأعمال في عمق أرضه ولو لم يصبه من ذلك ضرر. وله أن يطالب بقطع الجزء من جذور أشجار الجار التي امتدت إلى باطن أرضه، دون إخلال بحقه في التعويض عن الأضرار التي تكون قد سببت له هذه الجذور، كما لو كانت أتلفت مزروعاته^(٦).

بل يؤسس البعض على امتداد حق الملكية لعمق الأرض، حق المالك في الكثر المدفون أو المخبوء في الأرض، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له^(٧).

(١) راجع سابقاً بند/٦٥٥.

(٢) راجع في تنظيم ملكية المعلو والعمق في القانون الفرنسي، والقيود التي ترد على هذه الملكية: رينر الصفحات من ١٤٩ - ١٥٣ البند ٩٩ - ١٠٤، شاباس الصفحات من ١١٠ - ١١٩ البند ١٣٥٧ - ١٣٦٩.

(٣) في هذا المعنى محمود جمال الدين زكي بند/٢٣.

(٤) أنظر من تطبيقات القضاء للملكية العلو: نقض ١٩٤٠/٥/٢٣ (خلف ٧-١) نقض ١٩٥٥/١١/٣ (خلف ٧-٢).

(٥) محمود جمال الدين زكي بند/٢٤.

(٦) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا المعنى:

Paris, 13/12/1960, J.G.P. 1961-2-11937 et note MAZEAUD (J), Civ. 6/4/1965, J.C.P.

1965-2-14244, R.T. 1965, P. 629 et obs BREDIN.

(٨) كله، كما هو الحال في القانون المصري، أو أربعة أخماسه كما هو الحال في القانون الكويتي (م/٨٧٧).

(٩) أشار لهذا الإجماع (دون أن يبين القائلين به)، محمود جمال الدين زكي بند/٢٥.

٣٤٩ - وتبعاً للملكية العلوية يكون للمالك - مثلاً - أن يرتفع بطوابق بنائه قدر استطاعته (في حدود ما تسمح به طبيعياً لوائح التنظيم). وله أن يمنع الغير من الاستفادة من هذا الفضاء بمُدَّ أسلاك فيه مثلاً أو ترك فروع أشجاره تمتد إليه^(١). ويعتبر جريمة في القانون الفرنسي صيد طائر في علو ملك الجار، يقال لها جريمة الصيد^(٢)

Délit de chasse

٣٥٠ - وتفرعاً على كون الأصل هو امتداد ملكية الأرض لما تحتها من عمق ولما فوقها من علو، أقام المشرع، بالمادة ٨٨٠ قرينة مؤداها أن «كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى أو غراس، يعتبر من عمل مالك الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له...». لكن هذه القرينة بسيطة يجوز نقضها بالدليل العكسي (م/٨٨٠). وقد سبق بيان ذلك عند دراستنا للاتصاق كسب من أسباب كسب الملكية^(٣).

٣٥١ - على أن امتداد ملكية الأرض لعمقها وعلوها لا يكون مطلقاً. فتفرعاً على فكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، ينبغي ألا يتجاوز حق المالك الحدود التي له فيها فائدة من الاستئثار بباطن الأرض وما يعلوها من فضاء. فالملكية ولو أنها تخول المالك - بحسب الأصل - كل ما يتصور من سلطات للانتفاع بالشيء الذي يملكه، إلا أن ذلك ينبغي أن يكون في حدود الانتفاع المألوف. ولهذا جعل المشرع ملكية عمق الأرض وعلوها مقصورة على «الحد المفيد في التمتع بها» (م/٨١٢). وقيد الحد المفيد بأنه الذي يكون كذلك «وفقاً للمألوف»، حتى يضع حداً لما يمكن أن يدعيه المالك من وجود منفعة له في الاستئثار بها في باطن الأرض أو فيما يعلوها من فضاء.

وهكذا لا يكون للمالك - مثلاً - أن يعترض على عمل يقام في عمق أرضه على مسافة من سطحها لا تكون له معها أية مصلحة في منعه، كمد أنابيب المياه أو أسلاك الهاتف في باطن الأرض على مسافة من سطحها لا تتضمن أي ضرر به. بل لا يكون له هذا

(١) أنظر: Civ. 23/1/1975, G.P. 1975-1-Somm-74, Civ. 17/7/1975; Bull. T. 3, No. 262. والحكم الأخير يؤكد أن حق المالك في مطالبة جاره بقطع فروع أشجاره الممتدة فوق علوه، غير قابل للسقوط بالتقادم imprescriptible.

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء: Crim. 24/12/1954, G.P. 1958-1-199. وفي الفقه العربي، يرى البعض أيضاً أنه «إذا اصعد المالك، وهو في أرضه، طيراً فوق أرض جاره، كان في هذا اعتداء على علو هذا الأخير» أنظر محمود جمال الدين زكي بند/٢٤.

(٣) راجع سابقاً بند/٥٨.

الاعتراض ولو كانت له مصلحة في منع مثل هذه الأفعال إن كانت هذه المصلحة ولا تتناسب مع الضرر الذي يلحق بالغير (م/٣٠-ج) من هذا المنع، لأنه يكون إذ ذلك متعسفا في استعمال حقه.

كما لا يكون له أن يمنع - كذلك - شركات الطيران العالمية من عبور طائراتها لما يعلو أرضه من فضاء . . وهكذا.

جواز الخروج على الأصول السابقة:

٣٥٢ - على أن اشتغال الملكية لأجزاء الشيء ومنتجاته وملحقاته، وكذلك امتداد ملكية الأرض لما تحتها وما فوقها، إن كان هو الأصل في حق الملكية، إلا أن القانون قد ينص على خلافه، كما قد يرد في تصرف قانوني ما يخالفه سواء أكان التصرف عقدا أو وصية.

فالقانون مثلا ولا اعتبارات المصلحة العامة، يستثنى مواد المناجم والمحاجر وآبار البترول من امتداد ملكية صاحب الأرض، التي تتضمنها، لها ويجعل ملكيتها للدولة^(١).

وقد يبيع المالك ثمار الشيء أو منتجاته أو حتى بعض أجزائه (كأبواب المنزل) فتتفصل - بعقد البيع - ملكية الشيء عن ملكية المبيع. وقد يحدث مثل هذا الانفصال بالوصية، كأن يوصي شخص لآخر بملكية الطابق العلوي في الدار مع حق القرار على السفلى . . وهكذا.

لذلك استدركت المادتان/٨١١، ٨١٢ على الأصول المقررة بهما، على ما بيناه، قائلتين: «الم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك».

(١) وقد أشارت إلى ذلك ضمننا، المادة/٨٧٩ حين قضت بأن «الحق في . . . وما في باطن الأرض من معادن تنظمه تشريعات خاصة».

المبحث الثاني

القيود التي ترد على الملكية

تمهيد، وتقسيم :

٣٥٣ - أشرنا إلى أن الملكية لم تعد - في العصر الراهن - حقا مطلقا للمالك يمارسه دون ما أي قيد، وإنما يتقيد هذا الحق بالعديد من القيود، التي نملئها، في بعض الأحيان اعتبارات المصلحة العامة، وفي أحيان أخرى اعتبارات المصلحة الخاصة. والجامع في الحالتين ضمان أن تؤدي الملكية ما لها من وظيفة اجتماعية.

وقد أشارت إلى مبدأ إمكان تقييد الملكية، المادة/١٦ من الدستور حين نظرت لها، مع رأس المال والعمل، كمقومات أساسية لكيان الدولة، على أنها جميعها «حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون». كما أشارت إلى إمكان تقييد سلطات المالك، المادة/ ٨١٠ مدني، فهي إذ جعلت «للك شيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه» استمرت قائلة «في حدود القانون».

٣٥٤ - والقيود الواردة على الملكية، بعضها يرد على حرية التملك أصلا^(١)، فيما يرد البعض الآخر على حق الملكية بعد قيامه.

ونعالج كلا من هاتين الطائفتين من القيود في مطلب مستقل.

(١) فهي إذن ليست قيودا واردة على حق الملكية، لأن الشارع يقرها قبل قيام هذا الحق أصلا، إما لمنع قيامه أو لتجديده. في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي بند/٣٢.

المطلب الأول

القيود الواردة على حرية التملك

تحديد إطار الدراسة :

٣٥٥ - إذا كانت حرية التملك هي إحدى الضمانات الأساسية التي تكفلها الدساتير للأفراد، إلا أن هذه الحرية قابلة للتنظيم. وقد يقيد المشرع منها اعتبارات عديدة، يتصل بعضها بالمصلحة الوطنية.

وهذه القيود ليست - في الحقيقة - من موضوعات القانون المدني، حيث يرد بها - عادة قوانين خاصة تخرج بطبيعة الحال من إطار هذا المؤلف.

وأبرز هذه القيود يتعلق بتملك العقارات، إذ تحظره غالبية القوانين المقارنة، على الأجنبي، كأصل عام، وإن أجازته لهم في حالات استثنائية محددة. وهذا هو المسك الذي اتبعه المشرع الكويتي.

ويؤجّه هذا الحظر مالتملك العقارات من صلة بسيادة الدولة وأمنها.

ونحن نقتصر - في هذا الموضع - على دراسة هذا الحظر بحسبانه أبرز القيود الواردة على حرية التملك، موجزين عرضه بالقدر الذي تقتضيه الدراسة، ومحيلين في تفاصيله الأوفى إلى الكتابات الخاصة فيه^(١).

حظر تملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت (الأصل - والاستثناءات) :

النصوص التشريعية :

٣٥٦ - ينظم تملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت، حالياً، المرسوم بالقانون

(١) أنظر، مثلاً بدر جاسم العقوب : الأحكام القانونية لتملك غير المواطنين العقارات في دول الخليج والجزيرة العربية . بحث مقدم إلى ندوة توحيد تشريعات القانون الخاص بدول الخليج والجزيرة العربية ١٩٨٧ . وأنظر أيضاً : إبراهيم الدسوقي ، أبو الليل : الحقوق العينية الأصلية ج/١ ، أحكام حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠ الصفحات من ٨٨ - ٩٤ البنود من ١٠٧ - ١١٢ .

رقم / ٧٤ لسنة ١٩٧٩^(١) . وهذا المرسوم يمثل القواعد العامة في هذا الشأن .

وإلى جانب هذا التنظيم العام هناك تنظيمات خاصة برعايا بعض الدول الخليجية (السعودية، والبحرين، والإمارات، وقطر) بمقتضى اتفاقيات أبرمتها الكويت مع هذه الدول، صدرت، بتنفيذها مراسيم بقوانين في الفترة ما بين ١٩٧٧ - ١٩٧٩ . وتنظيمات أخرى خاصة بمواطني دول مجلس التعاون الخليجي، بمقتضى الإتفاقيه الإقتصادية الموحدة لدول هذا المجلس الموقعة بمدينة الرياض سنة ١٩٨١ والتي صدقت عليها الكويت بالقانون رقم / ٥٨ لسنة ١٩٨٢ . وأحكام هذه الإتفاقيه لا تخل بأي حقوق أفضل لرعايا هذه الدول كانت سارية في الماضي أو تمنحها في المستقبل كل أو بعض الدول الأعضاء .

ونقتصر - في هذا الموضع - على دراسة التنظيم العام لتملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت الصادر بالمرسوم رقم / ٧٤ لسنة ١٩٧٩ .

الأصل العام:

٣٥٧ - ويتضح من أحكام هذا المرسوم أن الأصل العام هو حظر تملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت، والاستثناء جوازه في حالات محددة وبشروط محددة:

فتنص المادة الأولى من هذا المرسوم على أن: «حق تملك العقارات في الكويت مفسور على الكويتيين، ويشمل ذلك حق الملكية التامة وملكية الرقبة أو حق الإنتفاع...» . كما تنص المادة الثامنة (فقرة ١) منه على أن: «محظر على الشركات التجارية التي يشترك فيها شركاء غير كويتيين تملك العقارات» .

الاستثناءات:

٣٥٨ - لكن المشرع خرج على هذا الأصل في عدة حالات استثنائية، وبشروط محددة:

(١) أما بداية هذا التنظيم فكانت بمقتضى قانون التسجيل العقاري رقم ٥ لسنة ١٩٥٩، الذي تمدت المادة الخامسة منه فيما بعد بمقتضى القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٢ .

فيمقتضى المادة/٢ من المرسوم^(١) ويجوز للدول العربية والأجنبية، أن تملك العقار المخصص لسفارتها أو مفوضيتها وقنصليتها، وكذلك سكن رئيس البعثة الدبلوماسية، بشرط المعاملة بالمثل وصدور مرسوم بالإذن لها بالتملك، على ألا تزيد مساحة العقار أو العقارات المراد اكتساب ملكيتها على أربعة آلاف متر مربع للدولة الواحدة.

ويستثنى من شرط الحد الأعلى للمساحة المشار إليه في الفقرة السابقة السفارات والقنصليات التي تملك مساحة تزيد على هذا القدر قبل العمل بهذا القانون^(٢).

ويمقتضى المادة/٣ من المرسوم: «يجوز للعربي المنتمي بجنسيته إلى بلد عربي أن يكتسب ملكية عقار واحد في الكويت في إحدى المناطق السكنية التنظيمية، إذا صدر مرسوم بمنحه هذا الحق^(٣) ويكون التملك بالشروط الآتية:

أ - أن يكون طالب التملك مقيماً بالكويت إقامة دائمة مشروعة، وأن يكون دخله يسمح له بشراء العقار المطلوب تملكه، وألا تكون قد صدرت في حقه أحكام مخلة بالشرف أو الأمانة طوال مدة إقامته بالكويت.

ب - أن يخصص العقار كله للسكن الخاص بطالب التملك وأسرته.

ج - ألا تزيد مساحة العقار المراد اكتساب ملكيته على ألف متر مربع.

(١) معدلة بالقانون رقم ١١٩/١٩٨٦.

(٢) وقد أُنشئت إدارة الفتوى والتشريع - في ظل القانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ الذي تضمنت المادة الخامسة منه حكماً مطابقاً - بأن خلو هذا القانون من قيود على اختيار الدول الأجنبية لأماكن بعثاتها الدبلوماسية ولا يمنع من تحديد مناطق معينة لدور هذه البعثات وذلك من الناحية التنظيمية، واستناداً إلى سلطة بلدية الكويت بموجب القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٢ من وضع المخططات الهيكلية العامة ومخططات المناطق واستحداث وتنظيم المناطق السكنية والتجارية والصناعية وغيرها. وقد انتهت من ذلك إلى أن «الأمر بيد حكومة الكويت، إن شأمت وافقت على ترك الحرية في اختيار الأرض في أي مكان دون قيد على أساس المعاملة بالمثل، وإن شأمت قبلت ذلك بمنطقة السفارات مع احتمال تعرضها للمعاملة بالمثل» فتوى رقم ٢/١٨٩٦ بتاريخ ٢١/١٢/١٩٧٤، (مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع خلال خمس سنوات من ١٥ سبتمبر ١٩٧٠ إلى ١٤ سبتمبر ١٩٧٥، المجموعة الثانية ص/ ٩٣ رقم/ ٧٢).

(٣) وكان الأمر - في ظل قانون التسجيل العقاري رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ مناطق بموافقة «الحكومة الكويتية» على هذا التملك. وقد جاء في فتوى لإدارة الفتوى والتشريع أن توافر الشروط المقررة قانوناً لهذا التملك - ولا يعني قيام حق الطالب في التملك. بل إن حقه في التملك لا ينشأ إلا بموافقة حكومة الكويت على منحه إياه ومن هذا القرار. وهي - أي الحكومة - ترخص في منح هذا الحق أو رفضه وفق ما تراه عملاً للمصلحة العامة، ولما أن تضع إجراءات الطلب والقواعد التي تدير عليها الجهات المختصة يفحصه ودراسته، ثم تصدر فيه القرار المناسب في كل حالة على حدة حسب ظروفها وملاساتها. فتوى رقم ٢/١٥٥٤ بتاريخ ٢١/٦/١٩٧٢ (المجموعة السابقة ص/ ٩٥ رقم/ ٧٤).

د - ألا يكون مالكا لعقار آخر في الكويت.

هـ - شرط المعاملة بالمثل في البلد الذي ينتمي إليه طالب التملك.

و - ألا تكون ملكية العين حصة شائعة مع كويتي.

وهذه الشروط تمثل الحد الأدنى لما يجب توافره حتى يمكن أن يملك من ينتمي بجنسيته إلى بلد عربي عقارا في الكويت، إذ أضافت المادة/٣ سالف الذكر في عجزها، قولها «ويجوز لمجلس الوزراء إضافة شروط أخرى»^(١).

ويعمق الفقرة ٣ من المادة الثامنة من المرسوم: «... يجوز للشركات المساهمة التي يشترك فيها شركاء غير كويتيين، ولا يكون من بين أغراضها التعامل في العقارات، تملك العقار اللازم لإدارتها أو لتحقيق أغراضها، إذا صدر مرسوم بمنحها هذا الحق...».

جزاء مخالفة الحظر:

٣٥٩ - وجزاء المخروج على أصل حظر تملك غير الكويتيين للعقارات في الكويت، أو على شروط التملك في الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها، هو بطلان التصرف

(١) وينظم المرسوم قيودا على حرية احتفاظ المالك، عربيا أو غير عربي، بما آل إليه من ملكية عقار بطريق الميراث. فتقتضي المادة/٤ بأنه: «إذا آل إلى التملك طبقا للفاة السابقة عقار آخر أو جزء منه بطريق الميراث، وجب عليه التصرف في أميا خلال سنة ميلادية من تاريخ أبولة الملكية إليه بحيث لا يبقى له إلا عقار واحد. فإذا لم يتم التصرف فيه خلال هذه المدة بيع جبرا عنه بناء على طلب الحكومة طبقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية لبيع العقار جبرا.

وإذا ورث العربي عقارا أو جزءا منه ولم يكن مالكا لعقار غيره، وجب عليه التصرف فيه خلال سنة من تاريخ أبولته إليه وإلا بيع جبرا عنه وفقا لما سلف، مالم يصدر مرسوم بإعفائه من هذا التصرف.

أما إذا آل إلى غير العربي عقار أو جزء منه بطريق الميراث فيجب عليه التصرف فيه خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة السابقة وإلا بيع جبرا عنه، ويستثنى من ذلك الزوجة إن كان لها ولد من المورث وتسر في حقها أحكام الفقرة السابقة».

كما تنظم المادة/٥ من المرسوم تملك غير الكويتي، بغير طريق الميراث، لعقار بعد إذ تصرف فيها تملكه من عقار بمقتضى هذا المرسوم، فتقتضي بأنه: «إذا تصرف المالك الذي تملكه لم يجز له تملك غيره بغير طريق الميراث قبل مضي خمس سنوات من تاريخ التصرف في العقار الأول، إلا إذا كانت ملكيته مقصورة على حصة شائعة في العقار الأول ويريد تملك عقار بأكمله، أو نزع ملكية عقاره للمنفعة العامة ويريد تملك غيره».

أما المادة/٧ فتقتضي بأنه «لا يقبل طلب تملك جديد ممن سبق له تملك عقار وانضج أنه استغله بغير الطريق المبين في القانون».

بطلانا مطلقا. إذ تنقض المادة/ ٩ من المرسوم بأن: «يقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكامه» ولا يجوز تسجيله، ويجوز لكل ذي شأن وللحكومة طلب الحكم بهذا البطلان، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها».

حكم بيع العقار الكويتي من خلال غير كويتي:

٣٦٠ - قد يرم شخص عقد مع غير كويتي، يلتزم بمقتضاه ببيع عقاره له أو لأي شخص آخر يدبره المشتري.

وطبيعي أن يكون هذا البيع باطلا بطلانا مطلقا فيما لو لم يدبر المشتري شخصا آخر بدلا منه ينصرف إليه البيع، أو بعبارة أخرى فيما لو استقر هذا البيع على رأس هذا المشتري غير الكويتي. ونفس الحكم فيما لو دبر بدلا منه غير كويتي أيضا، فالبيع يكون، في النهاية، قد تم لغير كويتي فيقع باطلا.

لكن التساؤل يثور عن الحكم فيما لو دبر المشتري كويتيا ينصرف إليه هذا البيع.

طرح هذا التساؤل على إدارة الفتوى والتشريع، حيث كان مورث أبرم - قبل وفاته - اتفاقا مع أردي تعهد بمقتضاه أن يبيع إلى هذا الأخير أو من ينبيه، جميع حقوق البائع في بيت بإحدى مناطق الكويت، وحيث كان الإبن الأكبر للمورث أقر كتابة عن نفسه وبصفته وكيلًا عن باقي الورثة الراشدين بصحة هذا العقد وعدم اعتراضهم عليه وعدم معانعتهم في تسجيل البيع إلى المشتري في حالة موافقة الجهات المختصة على التسجيل إلى غير كويتي.

وفي الإجابة عليه قالت الإدارة أنه «مالم يصدر مرسوم بمنح» المشتري (الأردي) حق اكتساب ملكية عقار في الكويت... فإن العقد المذكور يقع باطلا بطلانا مطلقا ولا يجوز تسجيله وللإدارة أن تتمسك بهذا البطلان». لكن لما كان العقد المذكور قد تضمن التزام المورث بالبائع لأي شحذ يدبره المشتري، فإنه إذا ثبت لدى الإدارة أن المشتري الأردي قد قدّم بدلا عنه شخصا آخر كويتيًا، فإن التزامات البائع في ذلك العقد تنصرف إلى المشتري الكويتي، ويكون العقد صحيحا وبريثا من أي بطلان وتلتزم الإدارة بصفتها بالتخاذ إجراءات تسجيله...». وخلصت من ذلك إلى أنه، أحد أمرين «إما أن يصدر للمشتري مرسوم بمنحه حق تملك العقار... أو أن يقم بدلا عنه مشتريا كويتيا»، مؤكدة أنه «لا يكون في ذلك تحاليل على القانون، لأن البيع تم لصالح المشتري الأجنبي أو من يختاره بدلا منه، وهذا اتفاق لمصلحة الغير، وهو جائز قانونا،

وإن كان لشخص غير معين عند التعاقد^(١).

وقد عاجلنا - بتفاصيل أوفى، مشكلة التراضي على البيع لمشتري تحت التعيين (أو التراضي على البيع مع احتفاظ المتعاقد مع البائع بحق تعيين شخص المشتري خلال مدة محددة وإلا التزم هو بالصفة)، في أحد مؤلفاتنا، فنحيل إليه^(٢).

(١) لتوى رقم ٤٢٤٢/٢ في ١٥/٧/١٩٨١ منشورة بـ مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع من أول أكتوبر ١٩٨٠ حتى آخر سبتمبر ١٩٨١ للمجموعة ٧ ص/٣١٢ رقم/١٢٥ .

(٢) أنظر: محمد شكري سرور: شرح أحكام عقد البيع، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١ الصفحات من ١٤٩-١٥٣ البتيد من ١٢١-١٢٤ .

المطلب الثاني

القيود الواردة على حق الملكية (بعد قيامه)

قيود قانونية، وقيود مشروطة (أو إرادية)، تقسيم:

٣٦١ - فضلا عن القيود التي ترد على حرية التملك أصلا، ترد القيود كذلك على حق الملكية بعد قيامه. وبعض هذه القيود قيود قانونية حيث يفرضها نص القانون نفسه، فيما ينقرر البعض الآخر بمقتضى شرط (أو بند) يغلب أن يكون واردا في عقد، وإن ورد أحيانا في وصية.

ونعالج كلا من القيود القانونية، والقيود الإرادية في فرع مستقل.

الفرع الأول

القيود القانونية

تحديد إطار الدراسة، تقسيم:

أشرنا إلى أن حرية المالك في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه ليست مطلقة وإنما ترد عليها القيود.

ونقتصر في هذا الموضع على دراسة القيود الواردة على حق الملكية في نصوص المجموعة المدنية^(١)، أو التي تعتبر تطبيقا لبعض نصوص هذه المجموعة^(٢).

(١) ويدهي أن حق الملكية يكون مقيدا إذا ما تقرر على الشيء المملوك حق لشخص آخر غير المالك. وأمثال هذه القيود لا تحتاج إلى تنظيم خاص بها في باب الملكية، فلم ينص المشرع لذلك عليها في هذا الباب ومن أمثلتها أن يقرر لغير المالك حق انتفاع على الشيء المملوك، أو حق رهن . . الخ، فتكون سلطات المالك محدودة حتى نتيجة لوجود هذه الحقوق.

(٢) وقد آثر المشرع الكويتي استبعاد النص على بعض القيود التي تنظمها تشريعات أخرى، كالتأثير المصري، إما لعدم الحاجة إلى النص عليها وإما لاعتبارات تتعلق بالظروف الخاصة بدولة الكويت.

فقد، روى مثلا، أنه لاداعي للنص على أن المالك يجب عليه أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به

والملاحظ في هذه القيود جميعها أنها قيود مقررة للمصلحة الخاصة . والجامع بينها أن ما يملئها هو الجوار في الملك . بعضها يفرضه الجوار بوجه عام ، ويفرض بعضها الآخر الجوار المتلاصق أو بتعبير آخر التلاصق في الجوار .

ونعرض لكل من هاتين الطائفتين من القيود في محاور مستقل .

القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة (م/ ٨٠٦ مدني مصري) ، أو النص على أن للمصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة في اللوائح وبالشروط التي تفرضها (م/ ٨٢٢ مدني مصري) ، إذ مثل هذه النصوص لا فائدة منها ، بمعنى أنه يستوى في العمل وجود النص أو عدم وجوده ، فمراعاة القوانين واجب تفرضه تلك القوانين ذاتها . أنظر للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على النصوص المنظمة للقيود الواردة على حق الملكية .

(٣) وتقصد بذلك قيد عدم النلو في استعمال حق الملكية ، الذي اعتبرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تطبيقا للنص العام على عدم جواز التعسف في استعمال الحق ، المقرر بالمادة/ ٣٠ من المجموعة المدنية ، حيث جعل المشرع ، في الفقرة/د منها ، الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر غير مألوف ، أي ضرر فاحش ، صورة من صور التعسف في استعمال الحق . أنظر للمذكرة الإيضاحية تعليقا على النصوص المنظمة للقيود الواردة على حق الملكية .

المحور الأول

القيود التي يفرضها الجوار بوجه عام (عدم الغلو في استعمال حق الملكية)

السند التشريعي لهذا القيد :

٣٦٢ - إن مؤدي ما للملكية من وظيفة اجتماعية، أنه إذا ما تعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية منه، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم. فما ينبغي استعمال حق الملكية فيما يضر بالغير ضرراً غير مشروع، ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية.

ومن أبرز تطبيقات تقديم المصلحة الخاصة على حق المالك، لكونها أولى بالرعاية منه، مصلحة الجيران في تفادي المضار التي تنجم عن استعمال جارهم للملكه مادامت هذه المضار غير مألوفة تتجاوز مضار الجوار العادية.

لذلك تتدخل بعض التشريعات، في القوانين المقارنة، وتفرض قيداً خاصاً على حرية المالك في استعمال ملكه، لمصلحة جيرانه. فتلزمه بعدم الغلو في استعمال هذا الملك إلى الحد الذي يضر بملك الجار ضرراً يتجاوز الحد المألوف^(١). ومن هذه التشريعات، التقنين المدني المصري الذي تقضي المادة/٨٠٧ منه، بأنه:

١ - على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا

(١) وفي عن البيان أن المالك ملتزم، أصلاً، في استعماله للملك بأن يتخذ الاحتياطات الضرورية لعدم الإضرار بالغير، وتقصيره في هذا الشأن يمكن أن يعرضه للمسئولية طبقاً للقواعد العامة. كما أنه ملتزم أصلاً بالتقيد بالحدود الموضوعية لحقه وعدم الخروج عليها بما يشكل اعتداء على الحدود الموضوعية لحق غيره.

الحق»^(١).

٣٦٣ - وإذا كانت المجموعة المدنية الكويتية لم تتضمن نصاً مماثلاً فلم يكن ذلك عروفاً من المشرع عن الأخذ بحكمه، وإنا - كما تقول المذكرة الإيضاحية - لما رأى فيه من كونه مجرد تطبيق للنص العام على عدم جواز التعسف في استعمال الحق، المقرر بالمادة /٣٠، حيث جعل المشرع من الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر غير مألوف، أي ضرر فاحش، صورة من صور التعسف في استعمال الحق^(٢).

فإذا ما كان ذلك، فلا نجد غضاضة في عرض هذا القيد في ضوء الموجّهات الواردة بنص المادة /٨٠٧ مدني مصري.

معيّار الغلو الذي يترتب مسؤولية المالك (الضرر غير المألوف):

٣٦٤ - إن للجوار مضاره، ما في ذلك من شك، لكن الحياة من ناحية أخرى يجب أن تستمر، الأمر الذي يفرض على الجار أن يتحمل قدراً من مضار جيرانه، وهي المضار المألوفة، أو كما وصفها المشرع المصري «المضار التي لا يمكن تجنبها»، ولا تعطلت الاستفادة بحقوق الملكية. أما فيما جاوز ذلك من مضار غير مألوفة، فلا يمكن

(١) ورغم عدم ورود نص مماثل لهذا في المجموعة المدنية الفرنسية، إلا أن الفقه والقضاء المعاصرين، يتقبلان هذا القيد، وإن اختلفت الآراء في الأساس السلي بقوم عليه، راجع عرض هذه الآراء: رينو ص/٣٥٦، ٣٥٣ بند/٢٥٣ والمواش، شهاب الصفحات من ٨٣ - ٨٩ البند ١٣٤١، ١٣٤٢، وأنظر من الأحكام المقررة لهذا القيد:

Civ. 4/2/1971, J.C.P., 1971-2-16781 et note LINDON, Civ. 18/7/1984, Bull. To. 2, No. 136.

والأحكام المعدلة الأخرى المشار إليها في المواش التالية.

(٢) إلى جانب الصور الثلاث الأخرى التي اقتصر عليها النص المصري المقابل (مادة ٥ مدني)، وهي: قصد صاحب الحق - في استعماله لحقه - الإضرار بالغير، وعدم تناسب المصلحة التي ترتب على هذا الاستعمال، البتة، مع الضرر الذي يلحق بالغير، وعدم مشروعية هذه المصلحة.

(٣) وعلى ذلك فلا محل في القانون الكويتي للجدل الذي يثور في الفقهين المصري والفرنسي حول ما إذا كان الغلو في استعمال حق الملكية يعتبر أو لا يعتبر صورة من صور التعسف في استعمال الحق راجع في هذا الشأن: السنهوري ج/٨ ص/٦٩٤، بند/٤٢٧ وهامش/١ من ص/٦٩٤، أسماعيل غانم بند/٦١، البدرابي ص/١٨ بند/٧٨، الصلح ص/٦٢، ٦٣ بند/٤٣ (وهؤلاء لا يعتبرونه كذلك، تأسيساً على أن المشرع، بنص المادة /٨٠٧ قد رسم حداً لحق الملكية، والخروج عليه يعد خروجاً على حدود الحق وليس تعسفاً في استعماله)، محمد علي عرفة بند/١٩٢، منصور مصطفى منصور بند/٢٥، كولان وكابيتان ودي لامور أنتنير، مشار إليهم في السنهوري ص/٧٠٤ هامش/٢، ريبيروليا وكاباليرو (مشار إليهم في رينو ص/٣٥٦ هامش/٤) (وهؤلاء يعتبرونه تطبيقاً خاصاً للتعسف في استعمال الحق).

أن يتطلب من الجار أن يتسامح فيه ، إذ يعتبر جاره حين يسبب له هذه المضار مغاليا في استعمال حقه .

٣٦٥ - وبدهي أن مسألة ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف إنما هي مسألة نسبية ، تختلف من مكان لآخر ، ومن زمان لآخر^(١) . والمعيار فيها ، معيار موضوعي ، تترك سلطة تقديره للقاضي الذي يعتد في ذلك بظروف كل حالة^(٢) ، بما يجعل منه معياراً مرناً يصلح لمواجهة ما يمكن أن يصيب الحياة الاجتماعية من تطور . لذلك أوجب نص المادة/٨٠٧ على القاضي أن يعتدي في تقديره للمألوف وغير المألوف من المضار «بالعرف وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له» .

والأمثلة القضائية كثيرة على مسؤولية المالك عن الغلو ، فقد قضى بأن شركة الفنادق التي تقيم جهازاً لتوليد الكهرباء في ملحق فندق تملكه ، تكون مسئولة عن الأضرار التي تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل الجهاز^(٣) . وأن صاحب السبينة يكون مسئولاً عن الأضرار التي تلحق الجيران نتيجة الضجة التي تحدث ليلاً عند انصراف المتفرجين^(٤) . إلى غير ذلك من التطبيقات^(٥) .

٣٦٦ - ولما كان من المسلم به أن الأمور التي ذكرتها الفقرة الثانية من المادة/٨٠٧ مدني مصري ليستهدى بها القاضي في تقدير المألوف وعدم المألوف من المضار ، قد وردت على سبيل المثال لا الحصر ، كان من الضروري التساؤل عما إذا كانت الظروف

(١) في هذا المعنى : شاپاس ص/٩٠، ٩١/بند ١٣٤٣ .

(٢) في هذا المعنى : Civ. 3/11/1977, D. 1978 - 434 et Note CABALLERO .

(٣) مصر المختلطة في ١٩١٤/٥/٥ مشار إليه في السهري ص/٦٩٦ في المالحس .

(٤) Civ. 12/1/1966, D. 1966-473 .

(٥) أنظر : مثلاً : في خصوص الأضرار الناجمة عن الضوضاء المتبعة من شقة :

Civ.3/1/1969, D. 1969-323, J.C.P. 1969-2-15920 et note MOURGEON, Lyon 23/12/1980. D. 1983-605 et note AUBERT, Paris 2/5/1983. G.P. 1983-2-457 et note MORAND.

وفي خصوص الضوضاء المتبعة من مصنع :

Civ. 11/5/1966, D. 1966-753 et note AZARD, Civ., 27/4/1979 J.C.P. 1980-2-19408 et note MOUROCQ.

وفي خصوص أضرار الفبار والأدخنة :

Civ. 22/10/1964, D. 1965-344 et note RAYMOND, J.C.P., 1965-2-14288 et note ES-MEIN; Civ. 1/3/1977 Bull To. 1, No. 112, Civ. 9/11/1976 D. 1977-561 et note DENIS.

الشخصية الخاصة بمن لحقه الضرر (أو بعبارة أخرى، استعدادة الشخصي^(١))، يجب أن يأخذها القاضي في اعتباره أم لا، كما لو كان هذا الشخص مرهف الإحساس أو كان يشغل بعمل ذهني يتطلب التركيز الشديد بحيث يتأثر من مجرد ضوضاء عادية.

هذه المسألة محل خلاف: فالبعض على أن أمثال هذه الظروف لا تدخل في الاعتبار أيًا كانت، بمعنى أن الضرر غير المألوف يخضع - في تحديده - لمعيار مجرد لا أثر لحالة الجار الذاتية فيه^(٢). فيما يفرق البعض الآخر في هذه الظروف بين غير العادية منها (أي الاستثنائية) وهذه لا تؤخذ في الاعتبار، والعادية وهذه يجب أخذها في الاعتبار^(٣). فمثلاً، في خصوص المضايقة الناجمة عن الضوضاء، لا تعتبر الضوضاء الخفيفة جداً التي لا يأتيها إلا مريض بأعصابه ضرراً غير مألوف ولو أحدثت به أزمات عصبية، فيما تعتبر الضوضاء التي تقلق محامي في مكتبه ضرراً غير مألوف ولو كانت غير ملحوظة بالنسبة لغير مشتغل بعمل ذهني، لأن القيام بأعمال عقلية يعتبر أمراً عادياً. وفي فرنسا، كان القضاء استقر، بعد تردد، على أخذ الظروف الشخصية للمضروب في الاعتبار، فيقدر ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف بالنسبة لكل مضروب على حدة^(٤). لكن لوحظ - مؤخراً - أن بعض الأحكام أخذت تتجه نحو التقدير المجرد في هذا الشأن^(٥).

٣٦٧ - وقد انقسم الفقه كذلك، حول ما إذا كان الغرض الذي خصص له عقار الجار الذي لحقه الضرر يدخل في الاعتبار عند تقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً، إلى فريقين: يرى أحدهما إهمال هذا الظرف تأسيساً على أن هذا الإعداد الخاص لا يعدو

Réceptivité personnelle (١)

(٢) فالعبرة - عند هذا البعض - بعائلة الشخص المعتاد، وهو شخص من أوساط الناس، يزعمه ما يزعم الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحملة فيها بين الجيران. فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضرراً غير مألوف بالنسبة إليه، ولو كان هذا الجار يتحمل أكثر مما يتحمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم، أو كان يتحمل أقل مما يتحمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغنم، السهوري ص/ ٦٩٧ بند/ ٤٢٩، ومن نفس الاتجاه: إسماعيل غانم ص/ ١١٧، محمد علي عرفة بند/ ١٩٣، عبد الفتاح عبد الباقي بند/ ١٠٨٦، محمد ليبب شبيب ص/ ٢٣٨ بند/ ٢٣٠، الصده ص/ ٦٦ وما بعدها بند/ ٤٣ (وهو يقول ص/ ٦٧ أنه وليس من المعقول أن تتغير الحدود المقررة لحق المالك في الاستعمال تبعاً للظروف الخاصة بكل جار على حدة).

(٣) من هذا الاتجاه: منصور مصطفى منصور ص/ ٥٧؛ البيراوي ص/ ١٢٥ بند/ ٨٣؛ محمود جمال الدين زكي ص/ ٦٨ بند/ ٣٧.

(٤) أنظر الأحكام المشار إليها في شاباس بند/ ١٣٤٣ المراسم ٩، ٨، ٧، ٦، وهو يقترب من أن يكون من نفس الاتجاه.

(٥) من هذه الأحكام، حكم استئناف كولمار في ١٩٨٢/١/٢٠ مشار إليه في شاباس بند/ ١٣٤٣ هامش/ ١١.

أن يكون ظرفاً من الظروف الخاصة بالضرور، وهي لا تؤخذ في الاعتبار. يضاف إلى ذلك أن نص المادة/٨٠٧ مدني مصري - إذ عبّر بصيغة الجمع عن العقارات، حين عدّد الظروف التي يجب مراعاتها لتقدير المألوف وغير المألوف من المضار فقال: «والفرض الذي خصصت له -» يفهم منه أن المشرع لا يقصد العقار الذي يملكه الجار وحده، وإنما كافة العقارات المحيطة بعقار المالك المراد مساءلته^(١). فيما يرى الفريق الآخر أنه طالما كان هذا الإعداد الخاص إعداداً عادياً مألوفاً، فإنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار^(٢).

٣٦٨ - وفيما يتعلق بأثر أسبقية استغلال الملك على نحو معين، نرى مع غالبية الفقه والقضاء، أن هذه الأسبقية لا يكون من شأنها أن تحرم المالك اللاحق من حقه في تعويض المضار غير المألوفة التي تنشأ عن الاستغلال السابق، اللهم إلا إذا كانت هذه الأسبقية أسبقية جماعية بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبيعة الحي^(٣) والقرول بغير ذلك من شأنه أن يضع الجار اللاحق أمام أحد أمرين: «فإما أن يختار نوع الاستغلال الذي اختاره من سبقه، أو أن يتحمل المضار الفاحشة دون أن يكون له حق الشكوى»^(٤).

أثر الترخيص الإداري:

٣٦٩ - يبقى أن نشير، إلى أن سبق حصول المالك على ترخيص من جهة الإدارة

(١) من هذا الاتجاه: الصلح ص/٦٧ بند/٤٤، اسماعيل غانم بند/٦٢.

(٢) من هذا الاتجاه: البدرائي/١٢٦ بند/٨٣: شبّ ص/٢٣٨ بند/٢٣٠، وقرب: السهري ص/٢٩٨ بند/٤٢٩، محمود جمال الدين زكي بند/٣٧، ص/٦٨.

(٣) من هذا الاتجاه: الصلح ص/٦٨ بند/٤٥، اسماعيل غانم بند/٦٢، منصور مصطفى منصور ص/٥٦، محمد علي عرفه بند/١٩٣، محمد ليبّ شبّ بند/٢٤١ ص/٢٤٠، محمود جمال الدين زكي ص/٧٠ بند/٣٧، مصطفى الجليل بند/٦٢ ومن الفقه والقضاء الفرنسيين شاباس ص/٩٢ بند/١٣٤٤، Civ. 10/2/1907. D. 1907-1-385 et note. RIPERT, Civ. 4/12/1935. G.P. 1935-2-950.

لمزيد من التفاصيل في أثر أسبقية الاستغلال الفردية والأسبقية الجماعية، أنظر:

BLAISE: Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage. R.T. 1965, P. 261 et s. No. 40 et SLAMARQUE et AGOSTINI: note D, 1976-22.

(٤) وعكس ذلك: استئناف مصر ١٩٢٧/١٢/١٠ (الحماية السنّة ٨ رقم/٣٢٦ ص/٤٩٨)، السهري ص/٧٠١ بند/٤٣١ حيث يقول: «لأن الجار هو الذي سمى إلى جوار المالك وهو عالم بما في هذا الجوار من مضار فيكون قد ارتضى به ضمتاً عبد العزيز عامر، حق الملكية ١٩٦٧ ص/٥٤، وقرب أنور طلبه ص/٢٧، وأخذ بنفس الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الحديثة، أنظر:

Cons. Etat 30/10/1981, D. 1982-I.R.-113 et obs MODERNE.

(٥) الصلح ص/٦٨ بند/٤٥، في نفس المعنى: شاباس ص/٩٢ بند/١٣٤٤.

باستعمال ملكه على نحو معين، لا يجعله بمنأى من المسؤولية تجاه جيرانه عن المضار غير المألوفة لهذا الاستعمال، الأمر الذي حرصت على إبرازه المادة ٢/٨٠٧ مدني مصري حين قضت بأنه «ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق». ويظل من حق هؤلاء الجيران أن يطالبوا بالتعويض العيني عن طريق الإزالة^(١). ولا يعد ذلك مساسا بالقرار الإداري الصادر بالترخيص^(٢) لأن موضوع دعواهم ليس الطعن في هذا القرار، وإنما مسؤولية المالك عن مجاوزة المضار المألوفة. فضلا عن أن التعويض العيني. كما هو معروف، هو الأصل، وأن المادة ٢/٨٠٧ التي تكلمت عن إمكان مساءلة المالك رغم الترخيص الإداري، قد تكلمت صراحة عن طلب «إزالة» المضار غير المألوفة، وأن منح الإدارة للترخيص يكون دائما على مسؤولية المرخص له نفسه^(٣).

جزء الغلو

٣٧٠ - إذا غلا المالك في استعمال ملكه، فأضر بجيرانه ضررا غير مألوف، في الحدود السابقة، كان مسئولاً عن تعويضهم. ووسيلة هذا التعويض تركت بدهاة للقاضي ليحكم بما يراه ملائما وفق ظروف كل حالة^(٤). فقد يقضى بإزالة مصدر الضرر^(٥) أو تعديل وضعه، أو بعدم استعماله في أوقات معينة.

وقد يلزم المالك بأن يتخذ من الاحتياطات ما من شأنه أن يمنع حصول الضرر. كما يجوز له فضلا عن ذلك أن يحكم بتعويض الجيران عما نزل بهم في الماضي من أضرار. كل ذلك مع ملاحظة ضرورة إعمال المادة ٢٨٤ مدني التي تجيز للمدين (المالك) أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان تنفيذ الالتزام عينا مرهقا له ولم يكن في الاكتفاء بالتعويض ضرر جسيم بالدائن (الجار).

(١) (٢) عكس ذلك محمد عرفة بند/١٩٦.

(٣) في هذا المعنى: شابلن ص/٨٩، بند/١٣٤٢.

(٤) Civ. 3/10/1974 D. 1975-151, Civ. 23/2/1982, G.P. 1982-Pan-225

(٥) Civ. 3/3/1966, Bull To, 2, P. 216; Paris, 7/4/1987 D. 1988 - somm - 15 et obs ROBERT;

Paris 22/4/1975; G.P. 1975 - 2 - 618; Civ. 11/12/1970, Bull, To 3, No. 699.

(٦) ويديعي أنه لا يجوز للمضروب أن يتصف نفسه بأن يزيل بنفسه مصدر الضرر. وإنما يتعين أن يلجأ في ذلك إلى القضاء، وإلا تعرض هو نفسه للمسئولية إذا سبب بقلعه هذا ضررا للجار. أنظر في هذا المعنى شابلن ص/٩٤، بند/١٣٤٥، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي:

Civ. 4/2/1976, G.P. 1976-1-Somm-82.

المحور الثاني

القيود التي يفرضها التلاصق في الجوار

حصر هذه القيود:

٣٧١ - يثير التلاصق في الجوار مشاكل عديدة بين الجيران . ولعلاج هذه المشاكل فرض المشرع قيودا على الملكية تختلف باختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المتجاورة .

وقد ورد النص على هذه القيود في المادتين /٨١٣، ٨١٤ مدني . والأولى تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين الملكيات في الأراضي المتجاورة غير البنية ، فيما تتعلق الثانية بالقيود الواجب مراعاتها في الأبنية عندما يراد إقامة فتحات فيها على ملك الجار^(١) .

أ - وضع الحدود Le bornage^(٢)

تمهيد:

٣٧٢ - في حالة وجود أرضين غير مبيّنتين متلاصقتين لمالكين مختلفين ، فإن اتصال

(١) وإلى جانب هذه القيود تنظم بعض القوانين المقارنة ، كالقانون المصري ، قيودا أخرى ، كالقيد الخاص بملكية الحائط الذي يفصل بين بنائين ، من حيث تقييد حق المالك في حنمه إذا كان المدم يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط (م/٨١٨ مدني مصري) ، وكذلك القيد الخاص بحق المرور القانوني الذي يتقرر للمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام على الأراضي المجاورة (م/٢٨١٢ مدني مصري) . ولم يشأ المشرع الكويتي أن يعرض لهذه القيود ولمعلم الحاجة إليها في الكويت .

كما أثر ألا يعرض أيضا للقيود التي ترد على ملكية الأرض الزراعية ومرافقها كموارد المياه والصرف (المراد من ٨٠٨ - ٨١١ مدني مصري) تاركا أمراها للمرف وما قد تصدره الدولة في شأنها من تشريعات خاصة . أنظر للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقا على النص ص ١٣٥٣ - ١٣٥٦ ، ريفر البند من ٢٥٥ - ٢٥٧ .

(٢) راجع في تنظيم القانون الفرنسي لهذا القيد ، شاباس البند من ١٣٥٣ - ١٣٥٦ ، ريفر البند من ٢٥٥ - ٢٥٧ .

HENRIOT et ROSSILLON: les servitudes de droit privé et de droit public, Paris, 1966, No. 99, et s; ISSELÉ et, LANNERIE: Servitudes, mitoyenneté, bornage, clôture, Paris, 1974; BERAUD et DEBEAURAIN : Mitoyenneté clôture, bornage, servitudes, Paris, 1981.

حدود كل منها بحدود الأخرى قد يؤدي إلى صعوبة التعرف على الحد الفاصل بين كل منها. وهو ما قد يثير المنازعات بين المالكين المتجاورين عند مباشرة كل منها لحقه.

لذلك خرج المشرع على أصل حرية كل مالك في ملكه، ومن بين مظاهرها حرية في وضع أو عدم وضع علامات ظاهرة تدين حدود هذا الملك تمييزاً له عن ملك الجار، وهياً لكل من الجارين الوسيلة للتعرف على حدود ملكه في وضوح، بأن جعل لكل جار أن يجبر الآخر، بدعوى قضائية، على أن يسهم معه في وضع الحدود بين ملكيهما مع ما يستتبعه هذا الإجبار من تكبد الجار نفقات ربما ما كان يرغب في إنفاقها. فنصت المادة/٨١٣ على أن: «لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما».

ويظهر مما تقدم أن المشرع يربط الحق في وضع الحدود، بالتلاصق في الملك^(١). ولما كان التلاصق حالة واقعية، فإن هذا الحق يثبت لكل من الجارين بقوة القانون لمجرد قيام هذه الحالة. ويظل باقياً مادام التلاصق قائماً، فتتجاوز المطالبة به في أي وقت مهما مضى من زمن على قيامه^(٢).

كيفية وضع الحدود:

٣٧٣ - ويتم وضع الحدود، أولاً، بتطبيق مستندات ملكية الجارين على الطبيعة لمعرفة الحد الفاصل بين ملكيهما، ثم توضع بعد ذلك علامات مادية ظاهرة، كأوتاد حديدية أو ما شابه ذلك، تميز هذا الحد.

التحديد الوتدي والتحديد القضائي (دعوى تعيين الحدود):

٣٧٤ - والأصل في هذا الشأن أن يتم وضع الحدود بالاتفاق الودي بين الجارين، وهو ما يفترض أنها متفقان سلفاً على ملكية كل منها لأرضه ومساحة الأرض التي يملكها. كل ما في الأمر أنها غير مستوثقين من الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما فيريدان الاستيثاق من ذلك ووضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود.

وعادة مايكل الجاران هذه المهمة الى خبير مساحة يتفقان عليه، يجرح محضراً بها ينتهي

(١) ومنع التلاصق، ومن ثم يفني عن تحديد آخر، أن يفصل بين المالكين طريق عام أو مجرى عام. إنها يظل التلاصق قائماً، إذا كان ما يفصل بين المالكين هو طريق خاص أو مجرى خاص. في هذا المعنى: السنيوري ص/٧٤٧ بند/٤٦٠؛ الصلح ص/١١١ بند/٧٩.

(٢) في هذا المعنى، الصلح الموضوع السابق.

إليه يوقعه الجاران ويصبح سنداً بها تم من تحديد ومن ثم ملزماً لكل منهما، وإن جاز الطعن عليه بها يطعن به على العقود^(١) وبالأخص بالإبطال لتقص في الأهلية أو لعيب في الرضا^(٢).

٣٧٥ - أما إذا تعلز هذا التحديد الودي، وهو أمر متصور للعديد من الأسباب، ككون أحد الجارين مثلاً يرغب في تجنب نفقات هذا التحديد، أو لخشيته من ظهور زيادة في ملكه يكون قد اغتصبها... الخ، كان للجار الآخر أن يجبره على ذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء. وتكون الدعوى التي يرفعها بطلب تعيين الحدود هي «جزاء الالتزام»^(٣) المفروض قانوناً على كل مالك «بأن يشارك في وضع الحدود الفاصلة بين ملكه وملك الجار الملاصق إذا رغب هذا الأخير في ذلك»^(٤).

٣٧٦ - ودعوى تعيين الحدود^(٥) هي دعوى عينية عقارية^(٦)، من حيث كونها تتعلق بقيد أو بحق عيني على عقار^(٧). وتختلف عن دعوى الاستحقاق وعن دعوى الحياة بها لا يتسمع المقام لتفصيله^(٨).

وتثبت هذه الدعوى للمالك، ولكل صاحب حق عيني على العقار كصاحب حق

(١) راجع في تكيف محضر التحديد الذي يوقعه المالكان بأنه عقد لهما بينهما: السهري ص/٧٤٢، بند/٤٥٧ شاباس بند/١٣٥٣ ومن القضاء الفرنسي: Civ. 5/12/1968, Bull. To, 3, P. 407.

(٢) وانظر في تكيف هذا العقد بأنه عقد صلح، ومن ثم لا يميز الطعن فيه بالإبطال لغلط في القانون ولا الطعن فيه بالغبين:

Paris, 19/12/1986, D. 1988 - somm - 13 et obs. ROBERT.

وهو تكيف - في اعتقادنا - متقيد لأن القرض هنا أن الجارين لا ينزع أي منها الآخر في ملكيته لأرضه ولا لمسااحتها حتى تكون يصدد صلح.

(٣) في هذا المعنى: السهري ص/٧٤٢، بند/٤٥٧: ومن التطبيقات القضائية (والطعن على هذا العقد بالإبطال لغلط):

Civ. 3/11/1981, D. 1983 - i. r. 369 et note ROBERT.

(٤) (٥) الفصل ١١٢، بند/٨٠.

(٦) وهي دعوى مسهاة في القانون المصري، نظمها المشرع بالمادة ٤٦/مرافعات. أما في القانون الكويتي فحكمها متروك للقواعد العامة.

(٧) (٨) السهري ص/٧٤٣، بند/٤٥٨؛ وفي نفس المعنى: رينو ص/٣٥٨، بند/٢٥٧.

(٩) راجع في هذا الشأن: رينو الموضوع السابق؛ السهري الموضوع السابق.

الانتفاع^(١). إنها لا يجوز للمستأجر، ولا للمزارع (في المزارعة) رفع هذه الدعوى ولا أن يدخل طرفا فيها، فإن حقه هو شخصي، فليست له صفة في دعوى عينية كدعوى تعيين الحدود^(٢).

نفقات التحديد^(٣):

٣٧٧ - وتكون نفقات التحديد - طبقا لصريح المادة/٨١٣ مناصفة بين المالكين ولو اختلفت مساحة أرض كل منهما عن أرض الآخر. ويوجه هذا الحكم كون المالكين يتساويان في الفائدة التي تعود عليهما من وضع الحدود^(٤). على أن يلاحظ أن ما يشترك فيه المالكان مناصفة، هو النفقات التي تلزم لوضع الحدود ذاتها «كشمن ونفقات المحضر الذي يمرر لبيان الحدود»^(٥). أما ما يقتضيه التحديد من نفقات لمسح الأراضي المتجاورة فتكون على أصحابها، كل بحسب ما تتكلفه أرضه^(٦).

حدود القيد:

٣٧٨ - إنها يقف القيد، محل البحث، عند حد وضع الحد الفاصل بين المالكين. فليس للجبار أن يغير جاره على تحويط (Clôture) ملكه من جميع جوانبه. وعلى هذا صريح المادة/١٨١٨ مدني مصري. وإذا لم يكن من مقابل لهذا النص في القانون الكويتي فلأن حكمه محض تطبيق للقواعد العامة، إذ الأصل أن يكون المالك حرا في استعمال ملكه، كما أن الأصل أن تكون الملكية خالية من القيود.

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقاً على المادة/٨١٣، وفي نفس المعنى: رينو ص/٣٦٠، بند/٢٥٧.

(٢) السنهوري ص/٧٤٨ بند/٤٦٠ والفقه الفرنسي المشار إليه فيه هامش/١٣؛ وأنظر أيضاً أنور طلبة ص/٤٠.

(٣) لمزيد من التفاصيل في نفقات التحديد راجع رينو ص/٣٦٠ بند/٢٥٧.

(٤) في هذا المعنى: المصنف ص/١١٣، بند/٨٠.

(٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقاً على المادة/٨١٣.

ب - قيود الفتحات^(١) (المطلات والمناور)

تمهيد:

إذا كان للمالك، من حيث الأصل، أن يستفيد من ملكه أقصى استفادة ممكنة فيبنى مثلا على أطراف حدود أرضه، ويفتح في هذا البناء من الفتحات ما يشاء، إلا أنه، وفق الاتجاه الحديث في تقييد حق الملكية، يجب ألا يتسبب باستعمال ملكه على هذا النحو في مضايقة جيرانه وإيذاء مشاعرهم. ولذلك كان من الطبيعي أن يتقيد حق مالك البناء بضرورة ترك مسافات معينة بينه وبين ملك جاره إن شاء أن يفتح في ملكه من الفتحات ما يسمح له برؤية ملك هذا الجار. وتسمى هذا القيود بقيود المسافات. وتنقسم الفتحات إلى مطلات ومناور.

السند التشريعي لهذه القيود، ملاحظات:

٣٧٩ - وقد عني المشرع في بعض الدول، كمصر، بتنظيم قيود المسافات ضمن نصوص المجموعة المدنية المنظمة للقيود الواردة على الملكية، فحدد المقصود بالفتحات التي تخضع لقيود المسافات، وقدر هذه المسافة في الفروض المختلفة للفتحات، وكيفية قياسها^(٢).

وكان أمام المشرع الكويتي أن يختار بين هذه السياسة، وبين الاكتفاء، كما فعلت بعض التشريعات، بالإحالة في شأن هذه القيود إلى القوانين الخاصة التي تصدر

(١) راجع في تنظيم هذه القيود في القانون الفرنسي: شاباس بند/١٣٨٧ الصفحات من ١٣٢-١٣٤؛ رينو الصفحات من ٣٨٥-٣٨١ البند من ٢٧٩ - ٢٨٢.

(٢) فحيث يتعلق الأمر - مثلا - بمطل مواجه، يجب ألا تقل المسافة المتروكة عن متر، وتقاس هذه المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجية (م/١٨١٩ مدني مصري). أما إن كان المطل منحرفا (وهو الفتحة التي لا يمكن الإطلال منها على ملك الجار مباشرة وإنما بالانفلات يمتد أو يرس) فإن المسافة تنخفض إلى خمسين مستمترا من حرف المطل (بل ويرتفع الحظر كلية إذا كان المطل المنحرف على عتار الجار هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام) (م/٨٢٠). هذا عن المطلات أما المناور (وهي الفتحات التي تملو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة بحيث لا يمكن الإطلال منها على ملك الجار، اللهم إلا بارتفاع وسيلة ما) فلا يشترط لفتحها ترك أية مسافة (م/٨٢١).

بخصوص تنظيم أعمال البناء.

ونظرا للارتباط الشديد بين هذه القيود وقيود البناء بوجه عام، وبين السياسة العمرانية التي تتطور بشكل ملحوظ في الكويت، ونظرا للطابع الفني لقيود البناء، فقد رأى المشرع الاكتفاء بالإحالة إلى القوانين الخاصة، فنصت المادة/ ٨١٤ على أنه: «ولا يجوز للمالك أن يكون له على ملك جاره فتحات إلا في الحدود التي يقررها القانون».

٣٨٠ - ويمكن أن نستخلص القيود المفروضة، في القانون الكويتي، على إقامة الفتحات في الأبنية، من الجداول العشرة الملحقه بقرار رئيس بلدية الكويت رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٥، في شأن تنظيم أعمال البناء، بوجه عام^(١). على أن يلاحظ - قبل ذلك - ما يأتي:

أ - أن المسافة التي يستلزم القانون الكويتي تركها، على ملك الجار، أكبر بشكل ملحوظ منها في القانون المصري^(٢).

ب - أن القانون الكويتي لا يتكلم عن ارتداد الفتحة عن ملك الجار مسافة معينة، وإنما يتكلم عن ارتداد الحائط كله المقامة به الفتحة، أو كما تعبر النصوص «ارتداد البناء الرئيسي عن حد الجار» مسافة معينة^(٣).

ج - أن القانون الكويتي يفرض الارتداد أحيانا ولو لم تكن فتحات في الجدار. فيما يكون للمالك - في القانون المصري - أن يبني على حدود ملكه (في كل الأحوال) دون ترك ثمة مسافة مادام يبني حوائط مسدودة

د - أن للمناور، في الجداول الملحقه بالقرار ٣٠ لسنة ١٩٨٥، مفهوم^(٤) يختلف عن مفهومها في المادة/ ٨٢١ مدني مصري^(٥).

التنظيم القانوني لقيود الفتحات:

٣٨١ - يمكن تلخيص هذا التنظيم على النحو التالي:

(١) الممثل بالقرارين الوزاريين رقم ٢٧، ٢٩ لسنة ١٩٩٠.

(٢) أنظر الهامش قبل السابق.

(٣) أما في القانون المصري فالعبرة بالجزء من الحائط المفتوح فيه المثل إن لم يكن هذا الحائط مستقيما.

(٤) هو مساقط النور التي تستعمل عادة لوضع أنابيب الصرف الصحي.

(٥) أنظر الهامش للتملك بالبناء رقم/ ٣٧٩.

— فيما يتعلق بأبنية السكن النموذجي^(١) والسكن الخاص^(٢) «يجب ألا يقل ارتداد البناء الرئيسي عن حد الجار عن ٢ متر، وذلك بالنسبة للقوائم التي يزيد عرضها عن ١٦ متراً. أما بالنسبة للقوائم التي عرضها ١٦ متراً فأقل فيكون الارتداد عن الجار بمقدار ١,٥ متر. وإذا وجدت نوافذ لإحدى الغرف أو الصالات مطلة على الجار فلا يقل ارتداد أي نافذة من هذه النوافذ عن ٢,٥ متر في الحالة الأولى و٢ متر في الحالة الثانية. «وفي كل الأحوال فإنه» يجوز إقامة كل البناء الرئيسي أو بعضه على حد أرض الجيران باتفاق الأطراف، على أن يتضمن التزام كل منهم بالبناء وفق تصميم متناسق. وتعتبر هذه القيود مكملّة للترخيص الصادر لكل منها وجزءاً لا يتجزأ منه، كما يتعين إثباتها في عقود من تنتقل إليه ملكية العقار. مع الالتزام بارتداد الأجزاء الغير ملتصقة (جدول ١/ المعدل بقرار ٩٠/٢٧، الفقرتان ج، هـ).

— وفيما يتعلق بمناطق السكن الاستشاري خارج مدينة الكويت وداخلها يجب ألا يقل ارتداد البناء الرئيسي عن حد الجار عن ٣ أمتار، وذلك بالنسبة للمباني خارج مدينة الكويت، أما داخل المدينة فيجب أن لا يقل عن سدس ارتفاع البناء محسوباً على أساس استنفاد النسبة المقررة بالمنطقة بأكملها و على ضوء المخططات المقدمة للبلدية» (جدول ٢/ فقرة ج)^(٣).

— وفيما يتعلق بأبنية السكن على الطراز الشرقي: يجوز إقامة البناء على حد القسيمة إذا لم توجد فتحات على الجار^(٤). فإن وجدت فتحتين عندئذ أن لا يقل ارتداد الطابق الذي به الفتحات (المطلات) عن ثلاثة أمتار من حدود الجار «ويجب ألا يقل ارتداد السرداب عن حدود الجار عن ثلاثة أمتار ما لم يوافق الجار على مسافة أقل» (جدول ٦/ فقرة ج، هـ).

(١) وهي المناطق خفيفة الكثافة المخصصة لسكن عائلة واحدة والتي أقامت مبانيها أو وزعت قسائمها الدولة (قرار ١٩٩٠/٢٧).

(٢) وهي المناطق خفيفة الكثافة والمخصصة قسائمها لسكن عائلة واحدة والناتجة عن مشاريع تقسيم خاصة أو أراضي نظمها الدولة (قرار ١٩٩٠/٢٧).

(٣) ويجوز إقامة كل البناء الرئيسي أو بعضه على حد أرض الجار طبقاً للشرط المنصوص عليها في الفقرة هـ من البند ثانياً من جدول ١/ (جدول ٢/ فقرة هـ).

(٤) والنص على هذا الجواز، في هذا النوع من الأبنية، يعني كما قلنا - أنه في غيرها يلزم المالك بالارتداد بالبناء عن ملك الجار ولو كان الجدار بينه والجار لا تقام فيه فتحات (مطلات) انظر سابقاً بند ٣٨٠ ملاحظة رقم ج.

- وفيما يتعلق بالأبنية المقامة بمنطقة الشريط الساحلي يجب - فضلاً عن وجوب ارتداد البناء الرئيسي ١٠ أمتار على الأقل من البحر، وه أمتار على الأقل من الشارع الرئيسي - أن يرتد كذلك ٣ أمتار على الأقل من الجيران (أو من الشوارع الفرعية) (جدول/٩ فقرة/هـ).

٣٨٢ - وفيما يتعلق بالأبنية المقامة بجزيرة فيلكا:

يسرى عليها الاشتراطات والمواصفات المنصوص عليها في الجدول رقم/١ بالنسبة للأبنية التي تقام على الطراز الغربي، والجدول رقم/٦ بالنسبة للأبنية التي تقام على الطراز الشرقي (جدول/١٠)^(١).

(١) أما الاشتراطات الخاصة بالمناطق التجارية (جدول/٣)، أو بمناطق السكن الاستهاري بواجهات تجارية على الشوارع الرئيسية والفرعية (جدول/٤)، أو بالمناطق الصناعية (جدول/٥) أو بالمجمعات السكنية والتجارية والمجمعات ذات الواجهات التجارية خارج مدينة الكويت (جدول/٧) أو بالمجمعات التجارية والسكنية داخل مدينة الكويت (جدول/٨) فيرجع فيها لهذه الجداول، حيث تخرج من إطار الدراسة.

الفرع الثاني القيود الإرادية (شرط المنع من التصرف) Clause d'inaliénabilité^(١)

تمهيد:

٣٨٢ - الأصل - كما ذكرنا مراراً - أن للمالك أن يتصرف في ملكه كما يشاء . بل يعتبر الفقه سلطة التصرف أظهر السلطات التي يخولها حق الملكية لصاحبه^(٢)، أو هي - على حد وصف البعض - «جوهر» هذا الحق^(٣).

وهذه الحرية ليست مقررة - على عكس ما قد يبدو للوهلة الأولى - لصالح المالك وحده، وإنما هي تؤدي أيضاً إلى تحقيق المصلحة العامة. لأن من شأن حرية تداول الأموال كفالة حسن استغلالها. الأمر الذي حدا بالبعض إلى التأكيد بأن بقاء سلطة التصرف للمالك أمر يتعلق بالنظام العام^(٤).

٣٨٣ - ومع ذلك، فقد يحدث عملاً، أن يتضمن تصرف قانوني ناقل للملكية، شرطاً (أو بنداً) يحتمع بموجبه على الممتلك التصرف فيها ملكه، أو يقيد من سلطته في هذا التصرف، فيثور التساؤل عن مدى صحة مثل هذا الشرط.

٣٨٤ - في فقه الشريعة الإسلامية المسألة محل خلاف:
فالشرط غير صحيح عند الحنفية والمالكية والشافعية، لأنه يخالف مقتضى التصرف

(١) ونحن إذ نقصر على هذا التطبيق فليس لكونه التطبيق الوحيد للقيود الإرادية التي يمكن أن تقيد حق الملكية، ففهره فيها الكثير، وإنما لكونه أهم هذه القيود من حيث يتصل بأهم سلطات المالك وهي سلطته في التصرف، ويصل القيد، به، إلى حد شلها. وهو - على أية حال - التطبيق الوحيد للشرط المقيدة لحق الملكية، إرادياً، المنظم في باب الملكية.

(٢) من هذا الرأي: محمد علي عرفة بند/٢٧٣، محمود جمال الدين زكي بند/٤٧، ص/٨٨.

(٣) انظر اسماعيل هانم بند/٢٥.

(٤) انظر: السابوي ج/٨، ص/٥٠٧، بند/٣٠٩، محمود جمال الدين زكي الموضع السابق.

الناقل للملك (عقدا كان أو وصية) وهو إطلاق الحرية للمالك في الانتفاع بما ملك والتصرف فيه بأي تصرف أراد. وليس هناك دليل شرعي معين على صحته، فلا يجوز اشتراطه، وإذا اشترط لا يعمل به.

وهو صحيح - بقيود - عند بعض الحنابلة^(١)، تأسيسا على أن الأصل في الشرط الجواز والصحة، ولا يحرم شرط ولا يبطل إلا إذا ورد نهي بخصوصه أو كان اشتراطه يؤدي إلى إلغاء المقصود الأصلي من العقد. وحيث لم يرد من الشارع نهي بخصوص هذا الشرط، وحيث لا يؤدي اشتراطه إلى إلغاء المقصود الأصلي من العقد أو الوصية وهو الملك، فإن شرط المنع المؤقت الذي يستند إلى باعث مشروع يكون صحيحا.

٣٨٥ - وفي القوانين الوضعية: ذهب القضاء الفرنسي في أول الأمر، وحيث لا يوجد نص، إلى اعتبار هذا الشرط باطلا، دون ما تفرقة في ذلك بين ما إذا كان المنع من التصرف مؤثما أو مؤقتا، ودون ما نظر إلى البواعث التي دفعت إلى اشتراطه^(٢). وقد شايح الفقه إذ ذاك هذا الحل أيضا، واجتهد في تحريجه، فرأى في جواز هذا الشرط ما يتعارض والنظام العام. سواء نُظر إلى الشرط على أن المنع فيه يرد على الشيء نفسه، فيضربه بعدم القابلية للتصرف فيه، أو نُظر إليه على أن المنع فيه يرد على إرادة المالك. لأنه: «إذا ضرب الشيء بعدم القابلية للتصرف، صار ما يرد عليه حق عيني آخر لا يعرفه القانون، ويتعارض تقريره، من ثم، مع النظام العام. وإذا ورد المنع على إرادة المالك، لا على الشيء الذي يملكه، ظلّ على تعارضه مع النظام العام، لأن حرية التصرف في الأموال هي نتيجة لحرية العمل، ومن ثم أحد عناصر الحرية الشخصية، ولا يمكن - تبعا - لهذا - منع المالك من التصرف فيما يملكه إلا بالمساس بشخصيته»^(٣).

وقد ظل القضاء أمينا على هذا الاتجاه حتى منتصف القرن الحالي. ثم ما لبث - نزولا على الاعتبارات العملية وإزاء ما لوحظ من كثرة ورود هذا الشرط في التعامل - أن خفف من غلواء موقفه منه، فجرى بعد ذلك على تصحيحه^(٤) شرط أن يكون المنع

(١) كاتين تيمية وابن القيم.

(٢) إشار لهذا الاتجاه في القضاء الفرنسي القديم، رينر ص/٦٧ بند/٥٦، وانظر في أمثلة له الأحكام المشار إليها فيه هامش/١، وانظر أيضا الأحكام العديدة المشار إليها في السنتوري ص/٥٠٧ هامش/١، ٢.

(٣) ديوملب، مشار إليه، ومؤيد منه، في محمود جمال الدين زكي بند/٤٧ وهامش/٧، وفي نفس المعنى أيضا: الصلدة ص/١٣٤، بند/٩٣.

(٤) وفي وصفه لهذا المدول، يقول الصلدة ص/١٣٤، بند/٩٣ أن «منطلق الواقع في الحياة العملية كان أقوى من منطلق القانون المجرد».

فيه مؤقتاً وأن يهدف الشرط إلى تحقيق مصلحة مشروعة^(١) وهي ذات القيود التي سبق أن وضعها على صحة هذا الشرط القائلون بصحته من فقهاء الحنابلة، على ما أسلفناه.

وهذا السبب الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي هو ما قننه المشرع المصري في المادة/٨٢٣^(٢)؛ ومن بعده المشرع الكويتي في المادة/٨١٥. وقيل في تبرير تصحيح هذا الشرط أنه قد «يحقق مصالح معتبرة»^(٣) فلا مانع من النص على صحته؛ بشروط تحول دون أن يستخدم لتحقيق أغراض تنافي بمبادئ الشريعة الإسلامية، وتجعله غير منافي لمقتضى العقد أو الوصية»^(٤).

وهكذا جاء في المادة/٨١٥ ما نصه أنه: «إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة».

ملاحظة وتنويه:

٣٨٦ - ويلاحظ من نص المادة/٨١٥ أن الشرط الذي تنظمه قد يكون مانعاً من

(١) أنظر الأحكام المشار إليها في رينوس/٦٧، هامش/٢.

(٢) التي تجري على النحو التالي:

١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة.

٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير.

٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

(٣) ربما قننه المشرع الفرنسي أيضاً - في خصوص الهبات والوصايا - بالتعديل الذي أدخله على المادة/١٩٠٠.

مدني بقانون ٣ يولييه ١٩٧١، والتي تجري حالياً على النحو التالي:

«لا تصح شروط المنع من التصرف التي تنقل الأموال للموهوبة أو للوصى بها، ما لم تكن هذه الشروط موقوفة وتبرها مصلحة جديرة ومشروعة، وحتى في هذه الحالة فإنه يجوز الترخيص - قضائياً - للموهوب له أو الوصي له، بأن يتصرف في المال إذا كانت المصلحة التي يبرر الحظر قد زالت، أو طرأت مصلحة أكثر أهمية تقتضي هذا التصرف». راجع في شرح هذا القانون:

SIMLER (Ph): D. 1971-L.416; RAISON (A): Clauses d'inaliénabilité contenues dans les donations et testaments, Journ. des not. et avocats 1971, P. 932. VIATTE (J): Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments, Rec. gén. lois et jurispr 1971, P. 477.

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقاً على المادة/٨١٥.

التصرف أو مقيداً له فقط . وهو - في هذا - يختلف عن النص المقابل في القانون المصري الذي يتكلم عن شرط المنع من التصرف (م/ ٨٢٣) . وإن كانت الحقيقة أن الشراح المصريين يجرون حكم النص ليس فقط على الشروط التي تمنع التصرف بصفة مطلقة خلال مدة المنع ، بل كذلك على الشروط التي تقيد حرية التصرف دون أن تمنعه ، كما لو اشترط الواهب على الموهوب له - إذا أراد بيع الموهوب - أن يعرضه أولاً بالأفضلية على شخص معين ، أو اشترط المتصرف عدم جواز التصرف إلا مع استبدال مال آخر بالمال المتصرف فيه . . . الخ .

ونحن إذ سنقتصر - في عرض هذا الشرط - على استخدام تعبير الشرط المانع ، فاتباع سهولة العبارة لا أكثر ، ومن هنا لزم التنويه .

شروط صحة هذا الشرط :

ويتضح من نص المادة/ ٨١٥ أن الشرط المانع (أو المقيد) للتصرف ، حتى يصح ، يلزم توافر الشروط التالية :

أولاً : أن يكون وارداً في ذات التصرف الذي تلقى به المشترط عليه الملكية :

٣٨٧ - وعلى هذا الشرط صريح المادة/ ٨١٥ التي لم تلتزم التعميم الذي التزمه المشرع المصري في صياغة النص المقابل^(١) وإنما حددت المقصود بالشرط المانع (أو المقيد) الذي يمكن أن يصح بأنه الشرط الذي يتضمنه التصرف القانوني والذي اكتسب بمقتضاه المتصرف إليه ملكية المال الذي مُنع ، بموجب الشرط ، من التصرف فيه ، لا الشرط الذي يرد في أي تصرف آخر^(٢) . وهو قيد بضيق ، بدون شك ، من نطاق استخدام شرط المنع^(٣) .

٣٨٨ - ونظراً لما يشكله الشرط المانع من قيد هام على حرية التصرف ، فإن الغالب أن يكون وروده في أعمال التبرعات ، كالهبة والوصية ، حيث يفرضه مركز المتبرع . لكن

(١) ونص المادة/ ٨٢٣ الذي يجرى النحو التالي : «إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح الشرط ما لم . . . الخ النص» .

(٢) من باب أولى ، لا يكون من الجائز أن يقرر المالك بإرادته وحده أن مالا من أمواله أصبح غير قابل للتصرف فيه ، لأنه بقرار مثل هذا سوف يفرج هذا المال من الضمان العام (لأن مقتضى المنع من التصرف - كما سنرى - عدم إمكان الحجز على المال) وهو لا يجوز .

(٣) انظر للمذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/ ٨١٥ .

ليس ما يمنع من تصور وروده في أعمال المعاوضة، وإن كان ذلك نادرا، ومن أمثلته فيها: أن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى تمام الوفاء بالثمن، أو أن يشترط البائع، الذي استبقى لنفسه حق الانتفاع، عدم التصرف في المبيع تجنباً للتعامل مع مالك رقبة لا يعرفه ولا يأمن مضايقته^(١).

٣٨٩ - من جهة أخرى، فإنه إذا كان من المتصور أن يرد الشرط المانع في التصرفات الواردة على كل من العقارات والمنقولات، إلا أن قيمته ستندم تقريبا في خصوص الطائفة الأخيرة، لأن الممنوع من التصرف يمكنه أن يخرج على مقتضى هذا الشرط فينقل ملكية المنقول إلى شخص آخر. وفي هذه الحالة، سيكون بمقدور هذا الأخير أن يتمسك في مواجهة من يحتج عليه بهذا الشرط بما للحاجة من أثر مسقط للتكليف أو القيود العينية، مادام أنه كان حسن النية لم يكن يعلم ولا كان في مقدوره أن يعلم، وقت التصرف، بهذا الشرط (م/١٧-١).

٣٩٠ - معنى ما تقدم إذن، أن شرط المنع من التصرف يبطل - أخذاً من صريح المادة/٨١٥، إذا ورد في تصرف آخر غير التصرف الذي يفترضه نص هذه المادة. كما لو ورد مثلاً في عقد رهن، بأن اشترط المرتهن على الراهن عدم التصرف في المرهون إلى أن يتم استيفاء الدين المضمون بالرهن حتى ينفذ اتباع إجراءات التنفيذ ضد من تنتقل إليه الملكية^(٢)، أو ورد في عقد وعد بالبيع، بأن اشترط الموعد له على الواعد ألا يتصرف في الشيء الموعود ببيعه خلال مدة الوعد حتى يضمن - إذا ما أراد الشراء - أن يجد الشيء في ملك الواعد. بل لعل هذين المثالين بالذات - وعلى ما يستخلص من المذكورة الإيضاحية - هما اللذان قصد المشرع إلى إخراجهما من نطاق الشرط المانع الذي يمكن أن يصح، حين عمد إلى التفصيل في صياغة نص المادة/٨١٥ على النحو

(١) انظر في أمثلة أخرى من تطبيقات القضاء الفرنسي:

GUADELOUPE 20/3/1936, D. 1937-2-7 et note VOIRIN, Paris, 16/6/1953, D. 1954-9 et note TUNG.

(٢) وقد أكدت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها، أن اشتراط البائع الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع مدى حياته ومنع المشتري من التصرف فيه طول تلك المدة ضياعاً لحقه، لا يمنع من اعتبار التصرف بيعاً صحيحاً ناقلاً ملكية الرقبة فوراً. ووصف هذا التصرف بأنه وصية إستناداً إلى هذا الشرط وحده يكون خطأ. انظر نقض ١٩٤٥/٣/٨ وفي نفس المعنى نقض ١٩٣٨/٦/٢٢، نقض ١٩٤٦/٤/١٨ مشار إليها في أنور طلبية ص/٥٩، ٦٠.

(٣) وهي أكثر تعقيداً من إجراءات التنفيذ ضد الراهن نفسه.

الذي أسلفناه^(٣). ويؤجّه بطلان الشرط فيها كونه لا يخلو من مخاطر^(٤):

ذلك أنه لو صحّ الشرط، في المثال الأول، «لأصبح شرطاً جارياً يوضع في كل عقود الرهن، وحيث يكون المرتهن في مركز من القوة يسمح له بفرض شروطه، وينتهي الأمر إلى تقييد ما يهدف إليه التنظيم التشريعي للرهن من التوفيق بين حرية المالك في التصرف في المرهون ليتنفع بأكبر قدر من مزايا الملكية وبين ضمان حصول الدائن على حقه عن طريق ماله من سلطة التمتع»^(٥).

وخطورته، في المثال الثاني «أنه يمكن كل مالك - ولو مؤقتاً - من إخراج أي مال من أمواله من ضمان دائنيّه، وذلك بأن يتفق مع أي شخص على أن يعده ببيع هذا المال ويتفق في عقد الوعد على منع التصرف فيه خلال مدة الوعد، فيمتنع التنفيذ عليه، لأن المنع من التصرف يقتضي منع التنفيذ»^(٦).

(١)-(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية تعلقاً على المادة/٨١٥.

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية، الموضع السابق.

(٥) أما في مصر، فقد أنسحت عمومية نص المادة ٨٢٣-١ (المشار إليها في هامش البند رقم/٣٨٧) مجالا لاختلاف الشراح حول ما إذا كانت صحة الشرط المانع تكون وفقاً على وريده في ذات التصرف الذي أكسب المنوع من التصرف ملكية المال الذي مُنِع من التصرف فيه. فالذين يرون ذلك، يطولون من ثم هلين الشرطين ولهذا السبب. أما من لا يرون ذلك فإنهم: إما يصححون هذين الشرطين (أو أحدهما) أو يطولون لكن لا على أساس من عدم استجابتها لشرط تستلزمه المادة/٨٢٣ وإنها للاعتبارات التي سبق أن ذكرناها في المتن.

ففيما يتعلق بالشرط الوارد في عقد رهن: يصححه: محمد علي هرقه بند/٢٧٨، حسن كبريه، وشمس الدين الوكيل مشار إليها في البلدراوي ص/٩٠ هامش/١، محمد علي إمام، مشار إليه في محمد لبيب شنب ص/٢٦٠ هامش/٤١.

ويبطله: السنهوري ص/٥٠٩ تكملة هامش/٢ في ص/٥٠٩، اسماعيل غانم بند/٣٨، محمود جمال الدين زكي ص/٩٧، بند/٥٠، منصور مصطفى منصور بند/٤٤، الصده ص/١٣٨، بند/٩٤، البلدراوي ص/٩٠، هامش/١.

وفيما يتعلق بالشرط الوارد في عقد وعد بالبيع:

يصححه: السنهوري ص/٥٠٨ هامش/٢، اسماعيل غانم بند/٣٨، اسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسبقة، عقد البيع ١٩٥٨، ص/٩١، الصده ص/١٣٧، ١٣٨، بند/٩٤، البلدراوي ص/٩٠، بند/٦٣، محمود جمال الدين زكي بند/٥٠ (مع ملاحظة أنه لا يعتبر هذا الشرط بندا مانعاً من التصرف يخضع للمادة/٨٢٣ - لأنه يرى أن البند المانع من التصرف المقصود بهذه المادة لا بد أن يرد في التصرف الناقل للملكية - ولكنه يعتبره التزاماً بامتناع عن عمل يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد ويكون جزاء مخالفته مسئولية المنوع من التصرف العقدي لا بطلان التصرف كما تقتضي بذلك المادة/٨٢٤. والحقيقة أن شرطاً مانعاً في عقد وعد بالبيع يكون هذا أثره، يخلو تقريباً من كل قيمة، فأحكام الوعد بالبيع، من حيث جزاء الإخلال به، تقضي بذاتها عنه)، ويبطله: منصور مصطفى منصور بند/٤٤.

ثانياً - أن يكون مبنياً على باعث قوي :

٣٩١ - وهو شرط بدهي في الواقع ، لأنه إذا كان الأصل هو عدم جواز الحد من حرية المالك في التصرف في ملكه ، فإن السماح بالخروج على هذا الأصل يجب أن يجد له باعثاً قوياً يبرره .

لذلك كان المشرع الكويتي أكثر التزاماً للدقة ، في هذا الصدد ، حين استلزم في الباعث الذي يصح به الشرط المانع أو المقيد للتصرف أن يكون على هذا النحو . ولم يكتف فيه - كما فعل نظيره المصري - بأن يكون باعثاً «مشروعاً» . إذ قد لا يكون الباعث - على مشروعيته - من الأهمية بحيث يبرر هذا الشرط الذي يمثل خروجاً خطيراً على أصل حرية المالك في التصرف في ملكه . هذا إلى أن اشتراط أن يكون الباعث مشروعاً ، لا يعتبر - في واقع الأمر - شرطاً يخص صحة المنع من التصرف بالذات . فجميع التصرفات القانونية ، أيا كانت ، يلزم لصحتها أن تكون مبنية على بواعث مشروعة^(١) .

أما المشرع الفرنسي فقد آثر أن يجمع بين القيدتين ، فاشتراط لصحة الشرط المانع من التصرف أن يكون مبنياً على «مصلحة جدية ومشروعة» (Intérêt sérieux (م/ ٩٠٠-١) et légitime)

٣٩٢ - وقوة الباعث الذي بُنى عليه المنع ، من عدمها ، هي - بطبيعة الحال - مسألة واقع ، تختلف من حالة لأخرى وتتدخل في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع^(٢) . على أن يلاحظ ، أن المصلحة الجدية التي يتحقق معها الباعث القوي ليس يلزم أن تكون دائماً مصلحة المتصرف نفسه ، فيتحقق الباعث القوي ولو كانت المصلحة المستهدفة من المنع هي مصلحة المتصرف إليه ، أو حتى مصلحة الغير^(٣) . وعلى ذلك صريح الفقرة ٢/ من المادة ٨٢٣ مدني مصري التي تقضي بأنه : «ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو

(١) ويدعو للدعشة - بحق - مارآه البعض في هذا الشأن ، من أن وقف صحة أي تصرف على شرط وأن يكون له باعث مشروع يكون «إعمالاً للقواعد العامة في محل الالتزام» . انظر ابراهيم الدسوقي ، أحكام حق الملكية ص/ ١١٢ هامش ١/ ، فخلط على هذا النحو بين الباعث والمحل على ما بينها من الاختلاف .

(٢) انظر نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ ، ١٩٧٧/١/١٩ مشار إليها في أنور طلبة ص/ ٥٩ ، ٦٠ .
(٣) بل إن في الفقه والقضاء الفرنسيين من يضيف ، المصلحة العامة (Intérêt public) أيضاً أنظر رينو ص/ ٦٧ ، بند ٥٦ ،

Civ. 19/10/1965, D. 1966-245 et note Jacques DEFREVOIS.

للمتصرف إليه أو الغير^(١). كذلك لا يلزم أن تكون المصلحة المستهدفة من المنع مصلحة مادية، فقد تكون مصلحة أدبية، ويتحقق معها الباعث القوي مادامت جدية^(٢).

٣٩٣ - ومن أمثلة المصلحة الجدية للمتصرف ، التي يقوم بها الباعث القوي على المنع من التصرف ، أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الشيء الموهوب احتياطاً لاحتمال تحقق عذر من الأعداء التي تتيح للواهب الرجوع في الهبة وبالتالي استرداد الشيء الموهوب . ومنها أيضاً - أخذاً من أحكام القضاء الفرنسي - أن يكون الواهبان (أب وأم) قد احتفظا لنفسيهما بحق استعمال وسكنى العين الموهوبة ، فيشترطان على الموهوب له (ولدهما) عدم التصرف فيها ، لتظل علاقتهما طيلة ممارستها لهذا الحق ، به وحده ، ولا تنتقل ملكية العين إلى من قد لا يرتاحان لمعاملته^(٣).

ومن أمثلة الباعث القوي على المنع من التصرف تحقيقاً لمصلحة المتصرف إليه نفسه ، أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الموهوب حماية له من طيشه وإلى أن يبلغ سناً معينة^(٤).

ومن أمثلة الباعث القوي على المنع من التصرف تحقيقاً لمصلحة الغير ، أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الموهوب ضماناً لبقاء قدرة الموهوب له على الوفاء بالتزام بالنفقة التزام به نحو شخص ثالث يحرص المشتري على ضمان حصوله على النفقة^(٥).

(١) ولا مقابل لهذه الفقرة في القانون الكويتي ، وقيل في تبرير إغفال النص عليها ، أن المشرع وآثر الاكتفاء بالمعيار المرن الوارد في النص (٨١٥/م) تمشياً مع سياسته العامة في إعطاء القضاء حرية التقدير كلما أمكن ذلك دون ضرر . أنظر المذكرة الإيضاحية تعليلاً على المادة المذكورة.

(٢) في هذا المعنى : رينو ص/٦٧ ، بند/٥٦ ، ومن أحكام القضاء الفرنسي : Req: 17/3/1925, D. 1928-1-167; Tr. Civ. St Nazaire, 21/10/1957, D. 1958-somm-17.

(٣) Civ. 20/1/1990 BULL TO 1 NO 192.

وأنظر - في أمثلة أخرى : Civ. 20/1/1985, R.T. 1986-620 et obs. PATARIN. (حيث اعتبرت المحكمة من قبيل المصلحة الجدية ورغبة الواهب - بحظر التصرف - في أن تبقى الأموال الموهوبة داخل الأسرة ، لغاية ولغايتها).

(٤) أنظر في أمثلة أخرى من تطبيقات القضاء الفرنسي : Req. 16/1/1923, D. 1923-1-177 et note E.R; Civ. 9/5/1943 G.P. 1943-2-32.

(٥) أنظر : في أمثلة أخرى : Civ. 20/7/1982, R.T. 1983-376 et obs. PATARIN, Civ. 16/3/1903. S. 1905-1-513 et note TISSIER.

٣٩٤ - إنما لا يخل ما قلناه من أن المصلحة الجدية التي يمكن أن يقوم بها الباعث القوي على المنع من التصرف قد تكون مصلحة المتصرف إليه أو الغير، بأنه حتى في هذين الفرضين تكون للمتصرف نفسه مصلحة، ولو أدبية، في اشتراط المنع من التصرف، وإلا فما مبرر اهتمامه بفرض هذا الشرط على المتصرف إليه؟^(١).

٣٩٥ - ويثور في هذا الموضوع تساؤل مهم، عن الحكم فيما لو تغيرت الظروف فزالت المصلحة الجدية التي قام عليها الباعث القوي المبرر للمنع من التصرف، أو استجذت للمتصرف إليه مصلحة في التصرف تفوق المصلحة التي كانت مبتغاة من منعه منه؟.

ليس في النصوص المنظمة للشرط المانع من التصرف، سواء في القانون الكويتي أو المصري، إجابة صريحة على هذا التساؤل.

ومع ذلك لم يتردد البعض في القول بأنه، مالم يقبل المشتري (المتصرف) أن يأذن للمتصرف إليه بالتصرف، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يطلب من القاضي ذلك، وللقاضي أن يأذن له^(٢). ونحن لا نعتقد في إمكان أن تكون للقاضي - دون نص صريح - مثل هذه السلطة، لما فيها من خروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وافتئات على إرادة المشتري الذي ربما لو كان يعلم منذ البداية أن المنع الذي اشترطه قد يتعرض للرفع لما أبرم التصرف أصلا. هذا إلى أن النصوص المنظمة للشرط المانع من التصرف تُصوّر الباعث القوي الذي يتعين أن يكون المنع مستندا إليه، بحسبانه شرطا لصحة هذا الشرط. وتخويل القاضي سلطة رفع المنع، فيها معنى أن الشرط الذي كان يفرضه أصبح باطلا. بيد أنه لا يتصور أن يصبح شرط ما باطلا بعد إذ كان صحيحا.

لذلك فحبذا لو تدخل المشرع بنص صريح، فقرر مثل هذه السلطة للقاضي، كما فعل المشرع الفرنسي^{(٣) (٤) (٥)}.

(١) لذلك فقد كان يمكن للمشرع المصري - فيما نعتقد - أن يصوغ الفقرة ٢ من المادة ٨٢٣ ساقفة الذكر بطريقة أخرى، فيقول أن الباعث يكون مشروعا ومتى كان المراد بالمنع حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، مادام كانت هذه المصلحة أو أدبية.

(٢) أنظر، إبراهيم الدسوقي ص/ ١١٤ بند ١٣٦.

(٣) بالمادة/ ١٠٩٠٠ (معلقة بقانون ٣ يولييه ١٩٧١).

(٤) أنظر في معنى أن تقدير ما إذا كانت الظروف التي استجذت بعد الهبة جعلت للموهوب له مصلحة في التصرف أهم من المصلحة التي كانت تبرر المنع من التصرف في البداية، والتي لا تزال قائمة، يترك لمحضر سلطة قاضي الموضوع: Civ. 25/6/1980, Bull. To. 1, No. 189.

(٥) ويختلف القضاء الفرنسي، فيما إذا كان يجوز لدائي الموهوب له (المنع من التصرف) أن يطالبوا - قضائيا

٣٩٦ - بقي القول أن المفروض هو أن للشرط المانع باعاً قويا مشروعا ببره، إلى أن يثبت المتصرف إليه (المنوع من التصرف) عكس ذلك^(١)، وعندئذ يبطل الشرط، ويقتصر البطلان عليه وحده، إلا إذا كان هو الدافع إلى التصرف الذي ورد فيه فعندئذ يبطل هذا التصرف أيضا.

ثالثا - أن يكون الشرط مقصورا على مدة معقولة:

٣٩٧ - ويجب أخيرا - وهذا فيما نعتقد أكثر شروط صحة هذا الشرط أهمية - أن يكون المنع من التصرف مؤقتا. أو كما عبّرّت المادة/ ٨١٥، مقصورا على مدة معقولة^(٢)، وإلا أصبح مصادره كاملة لحرية التصرف في الملك وهو ما لا يجوز^(٣).

ولم يضع المشرع حداً زمنيا للمدة المعقولة، وإنما ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية، يراعي - في كل حالة على حدة - مدى تناسب المدة مع الغرض المقصود من المنع^(٤).

وفي مصر، مضى المشرع إلى توضيح معنى معقولة المدة، فنص في الفقرة/ ٣ من المادة/ ٨٢٣ على أن المدة المعقولة «يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير»^(٥).

ويصحّح غالبية الشراح في مصر مثل هذا النظر لمعقولة المدة^(٦). وقبل في تبريره أن

= - رجع حظر التصرف عن مدينهم. أنظر، في الأحكام التي أجازت ذلك: T.G.I., Cherbourg, 13/2/1974, D. 1975-30 et note critique VOULIN (J.F.); J.C.P. 1974-2-17861 et Note critique DAGOT, Lyon, 19/5/1981, D. Code Civil éd. 1991-1992, sous; l'article 900-1, No. 4.

وأنظر عكس ذلك: T.G.I. Bressuire, 1/6/1976, G.P. 1977-1-297 et note L.C.

(١) ومثاله أن ييب شخص عقارا لآخر ويشترط عليه عدم التصرف فيه ليمتنع بذلك من القيام بمشروع خيري يعلم المراهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه وقد يبيع العقار الموهوب في سبيل ذلك.

(٢) ويبري على نفس النحو نص المادة/ ١-٨٢٣ مدني مصري.

(٣) في هذا المعنى، ومن ثم في بطلان الشرط المانع المؤبد أو الدائم: رينوس/ ٦٨ بند/ ٥٥، Civ. 16/2/1953, D. 1953-282.

(٤) وفي فرنسا كان هناك اتجاه - عند وضع قانون ٣ يولييه ١٩٧١ - نحو تمديد مدة ٢١ سنة كحد أقصى للمدة المعقولة للمنع من التصرف، ثم عدل عن هذا الاتجاه، وترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية. أنظر في ذلك رينوس/ ٦٨ هامش/ ٢.

(٥) ولا مقابل لهذه الفقرة في القانون الكويتي.

(٦) أنظر مثلاً: محمد علي عرفة بند/ ٢٧٩، إسمايل هاتم بند/ ٣٨، الصدة ص/ ١٤١ بند/ ٩٧، والفقهاء المشار إليهم في الهامشين اللاحقين.

وحماية المصلحة المرجوة من المنع من التصرف قد لا تتحقق على وجه كامل إلا باستمرار المنع طيلة حياة صاحبه^(١).

وقد لا يكون فيها ذهبت إليه هذه الأغلبية من غرابة إذا كانت مدة المنع تستغرق مدى حياة المتصرف^(٢) أو الغير. أما أن تظل هذه المدة مدة معقولة حتى ولو اشترطت لمدى حياة المتصرف إليه نفسه، فأمر يدعو إلى الشك، خصوصاً إذا أدخلنا في الاعتبار فكرة السبب^(٣).

وجدير بالذكر أن قضاء محكمة النقض الفرنسية، يؤيدها فيه بعض الشراح^(٤) مطرد على اعتبار شرط المنع مؤبداً ومن ثم باطلاً إذا كان مشروطاً لمدى حياة المتصرف إليه^(٥). ويأخذ بنفس الرأي بعض الشراح المصريين، مفسراً نص الفقرة ٣ من المادة ٨٢٣ سالف الذكر في معنى أن المشرع لم يقصد به أن يكون من الجائز النص في العقد على حرمان المتصرف إليه، لمدى حياته، من التصرف، وإنما قصد أن المدة المشروطة، إذا قيّدت بمدة معينة من السنين، قد تكون معقولة ويصح الشرط، حتى ولو ظهر فيها بعد أن هذه السنين قد استغرقت بالفعل حياة المتصرف إليه^(٦).

٣٩٨ = على أية حال فإنه إذا ما كانت المدة المحددة للمنع معقولة فإن موت المتصرف (المشترط) قبل انقضائها لا يؤثر على المنع، فيبقى قائماً لما بقي من المدة. وإذا تصرف الممنوع من التصرف، في الشيء، خلال المدة المتبقية، حلّ وراثته المتصرف محله

(١) محمود جمال الدين زكي ص/٩٥، بند/٤٩.

(٢) ومثل لذلك الأستاذ السهوري بما لو كان المتصرف إليه ومعروفاً بسوء التدبير، فيحرم عليه التصرف أن يتصرف في العين الموهوبة طول مدة حياته، حتى إذا مات انتقلت العين إلى ورثته غير مثقلة بالشرط المانع السهوري ج/٨ ص/٥١٥ بند/٣١٧.

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي، في صحة الشرط في هذا الفرض:

Civ. 8/1/1975, J.C.P. 1976-2-18240 et Note THUILLIER

(٤) أنظر حكم محكمة طنطا الكلية في ١٩٢٦/١/٦ (المعاملة السنة ٦/ رقم ٥٣٩ ص/٨٦٥) حيث رأت أن الشرط الملزيم يبطل العقد إذا كان في مقابل الالتزامات التي التزم بها الطرف الآخر.

(٥) أنظر مثلاً: رنو ص/٦٨، بند/٥٥.

(٦) أنظر مثلاً: Civ. 29/6/1933, S. 1933-1-325.

والأحكام العديدة الأخرى المشار إليها في السهوري ص/٥١٥ هامش/١، وفي البدرائي ص/٩٤، هامش/١.

(٧) البدرائي ص/٩٤ بند/٦٥.

في طلب بطلان هذا التصرف إذا اقتضى الأمر ذلك^(١). أما إن كانت غير معقولة^(٢)، أو بتعبير أدق رآها القاضي كذلك، فإن الشرط يبطل، ويقتصر البطلان عليه وحده دون التصرف الذي ورد هذا الشرط فيه. اللهم إلا إذا كان هو الباعث الدافع إلى هذا التصرف، فعندئذ يمتد البطلان إلى التصرف ذاته. ويرى بعض الشراح أنه - ما لم يتبين أن المدة المشترطة لا تنفصل عن جملة التصرف - يكون للقاضي، في حالة المدة غير المعقولة، أن يُبقى على الشرط - بدلا من الحكم ببطلانه - مع إنقاص مدته إلى الحد المعقول، إعمالا للقواعد العامة في انتقاص التصرف القانوني (طبقا للمادة ١٤٣/ مدني مصري المقابلة للمادة ١٩٠/ مدني كويتي)^(٣) بينما يصعب - في رأي البعض الآخر - التسليم للقاضي بهذا المدى الواسع في السلطة التقديرية^(٤).

أثر الشرط المانع الصحيح^(٥):

٣٩٩ - إذا توافرت شروط صحة الشرط المانع من التصرف على النحو السابق بيانه، وورد الشرط في عبارات عامة لا تُخصيص فيها لتصرف يمتنع بعينه، يترتب عليه حرمان المتصرف إليه - طيلة المدة المحددة به - من التصرف في المال الذي انتقلت ملكيته إليه.

فيمتنع عليه أن ينقل ملكيته للغير، بعوض أو بدون عوض. ولا أن يُرتب عليه من الحقوق العينية ما يؤدي إلى احتمال إخراجه من ذمته، كالرهن، وإلاّ لا يمكن للمتصرف إليه أن يتحايل على الشرط فيمتنع عن الوفاء بالدين الذي رهن المال محل المنع ضمانا له، بما يؤدي في النهاية إلى التنفيذ الجبري على هذا المال ومن ثم إلى خروجه من ذمة المتصرف إليه^(٦). اللهم إلا إذا كان الباعث الذي أُملي شرط المنع لا يتعارض والرهن،

(١) في هذا المعنى: السنهوري ص/ ٥١٦ بند/ ٣١٧.

(٢) كأن يكون المقصد من المنع حماية الموهوب له من طيشه، ومع ذلك يشترط منعه من التصرف في الموهوب طيلة حياته، أو كأن يكون المقصد من المنع ضمان اقتضاء باقي ثمن مؤجل سداده لمدة خمس سنوات ومع ذلك يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع طيلة حياة الأخير وهكذا.

(٣) من هذا الرأي: الصلح ص/ ١٤٤ بند/ ٩٩، أحمد سلامة بند/ ٤٨، رينو ص/ ٧٠ بند/ ٥٦.

(٤) من هذا الرأي: السنهوري ص/ ٥١٧ هامش/ ١، أسماعيل غانم بند/ ٣٨، محمد ليبب شنب ص/ ٢٦٣ هامش/ ٤٨.

(٥) أما الشرط مجرد المقيّد من حق المتصرف إليه في التصرف في المال، فلا يثير البحث في أثره ثمة صعوبة. فهو - حين يكون صحيحا - يلزم المتصرف إليه بمراعاة القيود التي تضمنتها إذا ما أراد أن يتصرف في هذا المال. وهي قيود تختلف من حالة لأخرى.

(٦) في هذا المعنى أيضا: السنهوري ص/ ٥١٩ بند/ ٣٢٠ وأحكام القضاء الفرنسي المشار إليها فيه هامش/ ٣، الصلح ١٥١/ بند/ ١٠٣.

فعدنذلك يجوز الرهن . مثال ذلك : أن يرد شرط المنع في عقد بيع عقار لم يسدد ثمنه بعد ، قصدا من البائع (المشروط) إلى تقاضى تتبع العقار تحت يد الغير إذا ما أراد التنفيذ عليه بمقتضى ماله من امتياز البائع . فوهن مثل هذا العقار لن يتعارض والقصد من المنع ، لأن البائع يستطيع - إذا ما باشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ الجبري - أن يستوفى حقه من ثمن بيع العقار بالأولوية ، تبعا لأسبقية قيد امتياز . فيكون الرهن على هذا النحو ، بما أدى إليه من إجراءات التنفيذ الجبري ، قد سهّل أمر حصول البائع المشترط على حقه وبدون ما تتبع^(١) .

٤٠٠ = أما الحقوق العينية الأخرى التي لا يؤدي ترتيبها إلى احتمال إخراج المال من ذمة المتصرف إليه ، كحق الانتفاع وحق الإرتفاق ... الخ فمحل خلاف بين الشراح :

فيري البعض أنه مادام الشرط قد ورد مطلقا فإنه يمتد إلى ترتيب هذه الحقوق باعتبار ذلك من قبيل التصرف الجزئي^(٢) ، ولأن الغرض من الشرط هو أن تبقى الملكية كاملة للمالك (المتصرف إليه)^(٣) . فيما يرى البعض الآخر أنه ما لم يكن المنع قد امتد إلى هذه الحقوق بصريح الشرط ، فإنه يمكن للمالك ترتيبها ؛ إذ الشرط - بحكم كونه استثناء - يجب التضييق في تفسيره^(٤) .

٤٠١ = كذلك يترتب على شرط المنع عدم جواز الحجز على المال محل المنع من التصرف ، لأن هذا الإجراء سيؤدي في النهاية إلى بيع هذا المال ومن ثم إلى خروجه من ذمة المالك (المتصرف إليه)^(٥) فلو أجاز لاستطاع المالك أن يتحايل على الشرط ، على النحو الذي قلناه فيما يتعلق بالرهن .

(١) في هذا المعنى أيضا : شمس الدين الوكيل : نظرية التأمينات في القانون المدني ط/٢ (منشأة المعارف بالإسكندرية) ١٩٥٩ ص/١٥٧ ، منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، القاهرة ١٩٦٣ ص/٢٦ بند/١١ ، حسام الدين كامل الأهواي ، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ، مذكرات ، مطبوعات حقوق الكويت ١٩٨٥ ص/٩٩ وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه فيه نقلا عن ليل .

(٢) (٣) السنهوري ص/٥١٨ بند/٣٢٠ ، شفيق شحاته ص/١٢٤ ، أساميل غانم ص/٦٥ ، منصور مصطفى منصور ص/١٠٥ ، توفيق فرج : الحقوق العينية الأصلية ص/٢١١ ، الصلح ص/١٤٨ ، بند/١٠١ محمود جمال الدين زكي بند/٥١ .

(٤) البدراري ص/٩٦ بند/٦٨ ؛ أحمد سلامة ص/١٤٨ .

(٥) انظر ريتو ص/٦٩ بند/٥٦ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي :

Req. 11/6/1913. D. 1914-1-242; Req. 20/2/1939, D.C. 1941-22.

٤٠٢ - إنها لا يحول شرط المنع دون أعمال الإدارة. ولا دون أن تنتقل الملكية من الممنوع من التصرف، إلى الغير بسبب آخر غير التصرف القانوني، كالإرث والتقديم، إذ أن الملكية تنتقل حينئذ بناء على واقعة مادية، والذي يتمتع على المالك أن يأتيه هو التصرف القانوني. كما لا يحول الشرط دون نزاع ملكية المال للمنفعة العامة، إذ المالك هنا «يتحمل تجريدته من الملكية لا يرفض انتقالها منه»^(١).

٤٠٣ - بل لا يحول الشرط دون أن يوصى المالك (المتصرف إليه) في المال محل المنع، رغم أن الإيصاء «من قبيل أعمال التصرفات، وذلك لأن الإيصاء» تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، الذي تنتقل - بمقتضاه - على كل حال، ملكية المال إلى ذمة أخرى»^(٢).

٤٠٤ - ومؤدى كون الجزاء المقرر لمخالفة المنع هو بطلان التصرف المخالف (م/٨١٦)، ألا يمتد المنع إلى أعمال التصرفات المادية. فهذه يظل للمالك (المتصرف إليه) إجراؤها ولو ترتب عليها تغيير جوهري^(٣) في المال الذي انتقلت ملكيته إليه. فإذا كان المشترط حظر صراحة على المالك مثل هذه التصرفات، فإننا لا نكون هنا بصدد الشرط المانع بالمعنى المقصود بالمادة ٨١٥، وإنما نكون بصدد التزام بامتناع عن عمل يخضع للقواعد العامة، ويكون جزاء الخروج عليه هو التعويض مادام تنفيذه عنا أصبح مستحيلا^(٤).

جزاء مخالفة المنع (حكم التصرف المخالف للشرط المانع):

٤٠٥ - إذا تصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط، فإن الجزاء الذي كانت القواعد العامة ليتمكن أن تكفله، هو فسخ التصرف الأصلي الذي ورد به الشرط ليسقط - تبعاً لفسخه - التصرف المخالف بدوره. فقد تعهد المشروط عليه بالأداء يتصرف في المال، فترتب في ذمته التزام بالامتناع عن عمل، وقد أخل بهذا الالتزام^(٥).

بيد أن القول بالفسخ سيكون متعارضاً في واقع الأمر مع إرادة المشترط، الذي يقصد

(١) محمود جمال الدين زكي ص/٩٨/بند ٥١.

(٢) محمود جمال الدين زكي، الموضع السابق، وانظر أيضاً السبوري ص/٥١٨/بند ٣٢٠.

(٣) محمود جمال الدين زكي بند ٥١، وفي نفس المعنى: السبوري تكملة هامش ٤/ من ص/٥١٧ في ص/٥١٨، شفيق شحاته ص/١٢٤ هامش ١، محمد ليث شنب ص/٣٦٤/بند ٢٥٢/ وعكس ذلك: الفلده ص/١٤٨/بند ١٠١.

(٤) قرب السبوري الموضع السابق.

(٥) ويأخذ بهذا الحل بعض الشراح الفرنسيين، حيث لا نص خاص يبين حكم تصرف الموهوب له أو الموصى =

بالشرط المانع بقاء المال في ذمة المشروط عليه لا عودته له . بل إن شكا يثور في إمكان القول به أصلا في بعض فروض الشرط المانع ، لعدم تصور الأساس الذي يقوم عليه فيها ، وهو - كما بينا - الإخلال بالتزام بالامتناع عن عمل . ونقصد بذلك ، الفرض الذي يكون فيه الشرط مقرا لمصلحة المشروط عليه نفسه ، إذ يصعب ، في الحقيقة ، تصور أن ينشأ التزام لمصلحة المدين به ^(١) .

٤٠٦ - لذلك لم يترك المشرعان ، المصري والكويتي ، جزاء مخالفة الشرط المانع ، للقواعد العامة ، وإنما آثرا أن يحددوا هذا الجزاء بنص صريح ، فنصت المادة / ٨٢٤ مدني مصري على أنه : « إذا كان شرط المنع من التصرف . . صحيحا . . فكل تصرف يخالف له يقع باطلا » ^(٢) .

وصياغة مثل هذه ، أفسحت مجالا لرأيٍ تحتمله ، يذهب إلى أن البطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق ^(٣) ^(٤) . لكن ، نظرا لأن بعض أحكام هذا النوع من البطلان

له في المال بالمخالفة لشرط المنع . من هؤلاء : سافاتييه (مشار إليه في السنهوري ص/ ٥٢١ هامش / ١) . وانظر في موقف القضاء الفرنسي من هذا الجزاء ، وعدم وقفه فيه عند تطبيق القواعد العامة ، السنهوري ص/ ٥٢١ وما بعدها بند / ٣١٢ والمواش .

(١) هذا إلى عدم تصور الفسخ إن كان الشرط المانع واردا لا في عقد ، وإنما في وصية ، إذ الفسخ لا يقع إلا في العقود ، بل والعقود الملزمة للجائين .

(٢) أنظر في إمكان التمسك بفسخ العقد الأصلي ، حتى في ظل المادة / ٨٢٤ حكم نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ في أنور طلبة ص/ ٦٤ ، وقد جاء فيه : « إن المادة / ٨٢٤ . . وإن نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ، ولم تتعرض للعقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط ، إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذي اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد استنادا إلى الأحكام العامة المقررة لفسخ في العقود الملزمة للجائين متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للمتعاقد والتي بدونها ما كان يتم ، إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له في هذه الحالة إخلالا منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يميز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقا لمادة / ١٥٧ (وتقابلها في القانون الكويتي مادة / ٢٠٩) . وكذلك حكمها في ١٩٧٥/١٢/٣١ وقد جاء فيه ، أن المشرع آثر في المادة / ٨٢٤ وأن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف ، دون حاجة إلى فسخ التصرف الأصلي . . . مشار إليه في نفس الموضع السابق ص/ ٥٦٣ ، وهذا الحكم لا يفهم منه - على عكس ما قد يوحي به ظاهر عبارته الأخيرة - أن فسخ التصرف الأصلي لا يكون ممكنا ، فهو لم يفصل في هذه الجزئية ، وإنما فصل في طبيعة الجزاء المقرر للتصرف الذي تم بالمخالفة للمنع . ومن الفقه في نفس المعنى ، البدرائي ص/ ٩٨ بند / ٦٩ .

(٣) من هذا الرأي : السنهوري ص/ ٥٢٥ بند / ٣٢٣ ، محمد علي عرفه بند / ٢٦٨ ، عبد الفتاح عبد الباقي بند / ١١٨ ، محمد كامل مرسي ج / ١ ط / ١٩٥١ بند / ٤١٤ ، جميل الشرقاوي ، رسالة البطلان سابقة الإشارة ص/ ١١٣ ، ١١٤ بند / ٤٠ ، وانظر عكس ذلك ، وأنه بطلان نسبي ، أنور طلبة ص/ ٦٢ (نسبا إياه لحكم نقض ١٩٧٥/١٢/٣١ وهو لم يقل به حقيقة) .

(٤) وتؤيد هذا التكييف الملائكة الإيضاحية تعليقا على المادة / ٨٢٤ .

تجاوز المصلحة التي يُقصد بالشرط المانع تحقيقها، من حيث سيكون بالإمكان والحال كذلك، للمحكمة أن تقضى بهذا البطلان من تلقاء نفسها، في الوقت الذي لن يكون فيه بالإمكان أن يرتفع هذا البطلان بالإجازة ولو من جانب المشتري نفسه، فقد اضطرب بعض أنصار هذا الرأي إلى القول بأن هذه الأحكام تستبعد في هذا التطبيق بالذات من البطلان^(١). بل كان بعضهم الآخر صراحة فقال بأن الأمر هنا يتعلق ببطلان من نوع خاص لا يلزم رده إلى القواعد العامة في البطلان^(٢).

٤٠٧ = أما المشرع الكويتي فقد استخدم في هذا الشأن عبارات أكثر تفصيلاً، تنأي بالجزء المقرر فيها عن البطلان المطلق، وتقترب به أكثر من البطلان النسبي، فنص في المادة/٨١٦ على أنه:

« ١ - إذا كان الشرط المانع من التصرف صحيحاً، وتصرف المشتري عليه بما يخالف الشرط، جاز لكل من المشتري ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف.
٢ - ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط، إذا أقره المشتري وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير.

٤٠٨ = فالنص إذن يقيم نوعاً من البطلان أقرب إلى البطلان النسبي، من حيث يقتصر حق التمسك به على المشتري، الذي تتوفر لمصلحته دائماً في التمسك به ولو كان الشرط قد وضع لمصلحة غيره. فتكفي لمصلحته الأدبية^(٣) ليكون له حق التمسك بالبطلان. وكذلك لمن تقرر الشرط لمصلحته إن كان غير المشتري. وليس لأي من غير هؤلاء أن يتمسك به، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

وبير هذا القصر أن شرط المنع قد أريد به تحقيق مصلحة خاصة لشخص معين، فيجب أن يكون هذا الشخص هو صاحب الحق في التمسك بالبطلان. ويفترع عليه، أن يكون لهذا الشخص النزول عن حقه هذا بإجازة التصرف المخالف فيرتفع عنه بطلانه.

فقط إذا كان المنع مشروطاً لمصلحة المشتري عليه، فإن إجازته وحده لن تكون كافية لرفع هذا البطلان، بل لابد أيضاً من إجازة المشتري، ليس فقط لما للأخير من مصلحة

(١) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي/بند/٥٢، وقرب البندواوي/ص/١٠٤، بند/٧٢، إسماعيل غانم/ص/٦٧، أحمد سلامة/ص/١٥٦، محمد علي عمران/ص/٢٩٨.

(٢) أنظر: الصلح/ص/١٥٠ بند/١٠٢، وقرب محمد لبيب شنب/ص/٢٦٧ بند/٢٥٤.

(٣) في أن يلتزم للشروط عليه بالشرط.

أدبية في احترام الشرط وإنما لأن إعطاء الشروط عليه الإنفراد بإجازة التصرف سوف يجرد شرط المنع من كل قيمته ، إذ يستطيع المشروط عليه ، حينئذ ، أن يتصرف دون أن يطلب البطلان ، بل الغالب أنه سيحجم عن طلبه لكونه هو الذي باشر التصرف الباطل ، فلا تكون هناك إذن فائدة من الشرط^(١).

وهذا القيد هو ما كان المشرع يقصده حين استدرك ، بالفقرة الثانية ، على الحكم المقرر بالفقرة الأولى ، قائلا : « ومع ذلك يصبح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشتري . . . فهو لم يقصد بلفظة «أقره» - كما ظن البعض^(٢) - أن يكون التصرف المخالف للمنع صحيحا موقوفا على الإقرار من جانب من تقرر المنع لمصلحته » وإن أقره نفذ ، وإن لم يقره طبقنا في شأنه الأحكام الخاصة بالتصرفات الموقوفة^(٣) لأن تفسيرها على هذا النحو يُدْمِغ الفقرتين الأولى والثانية بتناقض يتعين تنزيه المشرع عنه^(٤).

٤٠٩ - أما عن وجه عدم اعتبار الجزء المقرر بالمادة ٨١٦/١ من نص تطبيق للبطلان النسبي ، فهو ما للمشتري من حق التمسك بهذا البطلان رغم كونه ليس طرفا في التصرف المطلوب إبطاله ، حين أن البطلان النسبي المألوف لا يتمسك به إلا طرف في العقد الباطل^(٥) هو الطرف الذي تقرر الإبطال لمصلحته .

الإحتجاج بالشرط المانع من التصرف على الغير :

٤١٠ - ولما كان الشرط المانع من التصرف يمكن أن يؤثر في حقوق الغير^(٦) ، فقد بينت المادة/٨١٧ حدود إمكان الإحتجاج عليه به ، فقضت بأنه ١ - لا يحتج بالشرط المانع أو القيد للتصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به . ٢ - فإذا كان الشيء عقارا وتم شهر التصرف الذي ورد به الشرط ، فيعتبر الغير عالما بالشرط من وقت الشهر . ونص هذه المادة من الوضع بحيث لا يحتاج

(١) في هذا المعنى : العدد ص/ ١٥٠ ، ١٥١ ، بند/ ١٠٢ ، محمود جمال الدين زكي ، بند/ ٥٢ ، محمد لييب شنب ، بند/ ٢٥٤ .

(٢) إبراهيم الدسوقي ص/ ١٢٣ ، بند/ ١٤٨ .

(٤) وهو نفسه يقول بأن جعل ترتيب التصرف المخالف للمنع ، لأثره ، وفقا على إقرار من تقرر المنع لمصلحته ، لا يتلاءم مع الجزء الذي رتب للمشرع على مخالفة الشرط وهو البطلان النسبي . انظر إبراهيم الدسوقي ، بند/ ١٤٨ .

(٥) أو من يمثله قاتنونا إن كان مرجع الإبطال هو نقص في أهلية هذا الطرف .

(٦) أو على حد تعبير المذكورة الإيضاحية ونظرا إلى أن الشرط ينشيء قيدا عينيا يرد على المال ذاته ، انظر المذكورة الإيضاحية تعليقا على المادة/ ٨١٧ .

إلى مزيد من الإيضاح.

الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف:

أثارت هذه المسألة خلافا كبيرا بين الشراح. ولم يسلم رأى قيل فيها من الانتقاد من جانب أنصار الآراء الأخرى. ونوجز - فيما يلي - أهم هذه الآراء:

أ - شرط المنع يتقصد من أهلية المالك:

٤١١ - فذهب البعض إلى أن شرط المنع يجعل المالك، الممنوع من التصرف، ناقص الأهلية للتصرفات التي ترد على الشيء محل المنع^(١).

ويؤخذ على هذا التكيف، أن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام ولا يجوز التعديل فيها بإرادة الأفراد^(٢)، فالذي يملك أن يجد من أهلية شخص ما هو المشرع^(٣). وأنه لو صح هذا التكيف لكان معناه أن الذي يستطيع أن يتمسك بإبطال التصرف المخالف للمنع هو المالك الذي انتقص الشرط من أهليته لهذا التصرف، حين أن الصحيح أن الذي يستطيع أن يتمسك بهذا الإبطال هو من تقرر المنع لمصلحته وقد لا يكون هو المالك وإنما المشتري أو الغير^(٤). هذا إلى أن مناط الأهلية للتصرف هو التمييز، حين أن المنع من التصرف لا يرجع إلى نقصان في تمييز الممنوع من التصرف، ولهذا فإنه ليس من مقتضى المنع وجود شخص آخر يباشر التصرف نيابة عن الممنوع من التصرف طوال مدة المنع.

ب - شرط المنع ينشئ على عائق المالك التزاما بامتناع عن عمل:

٤١٢ - وذهب البعض الآخر إلى أن شرط المنع ينشئ على عائق المالك التزاما بامتناع عن عمل، هو التصرف، طول مدة المنع.

(١) صاحب هذا الرأي هو:

JOSSERAND (L): Cours de droit civil positif français, T. 1 3^{ed}. 1938, No. 1850.

(٢) قرب: رينو ص/٩٦ بند/٥٦.

(٣) (٤) في هذا المعنى أيضا: المصلحة ص/١٤٥، بند/١٠٠، البدراري ص/١٠٢ بند/٧١.

(٥) أنظر: شفيق شحاته بند/١٠٣، البدراري بند/٧١، جيل الشرقاوي: نظرية بطلان التصرف القانوني رسالة القاهرة ١٩٥٣ بند/٣٩، ٤٠ ومن الفقه الفرنسي: بارتان، كولان وكابيتان ودي لا موراندير مشار إليهم في المصلحة ص/١٤٥ هامش/٢.

ويؤخذ على هذا التكييف بدوره، أنه لا يستقيم في حالة ما إذا كان شرط المنع قد تقرر لمصلحة المالك نفسه، بما يترتب عليه أن يصبح هذا الأخير ملتزماً لمصلحة نفسه، أو بتعبير آخر دائناً ومديناً في نفس الوقت وهو ما لا يجوز^(١).

كما يؤخذ عليه أيضاً، أنه يؤدي إلى نتيجة تتجاوز الغرض الذي يقصد تحقيقه من شرط المنع، وهو ضمان بقاء الشيء في ملك الممنوع من التصرف. لأن مخالفة هذا الإلتزام سوف تستتبع الفسخ مع التعويض. وكلاهما لا يفيد شيئاً في تحقيق الغرض من الشرط^(٢). فالمشترط لم يقصد بالمنع أن تعود إليه الملكية مرة أخرى على أثر التصرف المخالف للمنع.

وعند هذا النقد الأخير، قال بعض أنصار هذا التكييف^(٣)، بأن جزاء الإخلال بهذا الإلتزام سيكون هو بطلان التصرف المخالف للشرط، وذلك باعتبار هذا البطلان تنفيذاً عينياً للإلتزام، تأسيساً على ما تقضي به المادة/ ٢١٢ مدني مصري (ويقابلها المادة/ ٢٩١ مدني كويتي) من أنه «إذا التزم المدين بامتناع عن عمل وأخل بهذا الإلتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للإلتزام». وهو تأسيس مردود. لأن البطلان لا يصلح طريقاً للتنفيذ العيني. كما أن الإزالة التي تكلم عنها المشرع في النص السابق هي إزالة الأعيال المادية^(٤). حين أن الأمر هنا يتعلق بتصرف قانوني.

جـ - شرط المنع يُثقل الشيء بتكليف عيني:

٤١٣ - وعند البعض الثالث، أن المنع من التصرف - وهو يتعلق بالعين ذاتها - يثقل هذه العين بتكليف عيني charge réelle يجعلها هي ذاتها غير قابلة للتصرف فيها^(٥).

ومحصر بعض أنصار هذا الرأي^(٦) على التنبيه إلى أن ذلك التكليف لا يعني خروج

(١) في هذا المنى، السنهوري ص/ ٥٢٥، ٥٢٦/ بند ٣٢٣، الصلحة ص/ ١٤٥، ١٤٦/ بند ١٠٠.

(٢) انظر البدرادي ص/ ١٠٥/ بند ٧٢.

(٣) في هذا المعنى: السنهوري بند/ ٣٢٧، محمود جمال الدين زكي بند/ ٥٢، الصلحة بند/ ١٠٠.

(٤) أنظر: محمد عل عرفه بند/ ٢٨١، السنهوري بند/ ٣٢٣ ص/ ٥٢٥، منصور مصطفى منصور بند/ ١١٢، محمد ليبب شنب بند/ ٢٥٤ ص/ ٢٦٨، وقرب محمود جمال الدين زكي بند/ ٥٢، ومن الفقه الفرنسي: رينو ص/ ٦٩ بند/ ٥٦، بلاتويل وبيير وبيكار، وبيدات وفواران مشار إليهم في الصلحة ص/ ١٤٦ هامش/ ١.

(٦) الفقه المشار إليه في الهامش السابق، عدا محمد عل عرفه.

الشيء من دائرة التعامل، لأن المالك (المنوع من التصرف) يجوز له أن يتعامل على هذا الشيء بما لا يتعارض مع الغرض من المنع، كما أن الملكية تنتقل من المالك (المنوع من التصرف) إلى الغير بأسباب كسب الملكية الأخرى غير التصرف القانوني.

ويؤخذ على فكرة التكليف العيني هذه، فضلا عن غموضها، أنها لا تكون متصورة في الغرض الذي يكون فيه المنع من التصرف مقورا لمصلحة المالك نفسه، إذ لا يتصور أن يقرر عبء على مال لمصلحة من يملكه. بل وحتى على فرض إمكان تصور ذلك، فإن التساؤل يبقى قائما عندئذ، لماذا لا نعتبر تصرف المالك - بالمخالفة للمنع - صحيحا على تقدير أنه قد تنازل عن هذا العبء أو التكليف مادام الغرض أنه مقرر لمصلحة؟^(١)

أما البعض الآخر من أنصار فكرة التكليف العيني، فيصل إلى حد القول بأن من شأن هذا التكليف أن يخرج الشيء عن دائرة التعامل لا يتأتى إلا عن طريق التشريع، ولا اعتبارات تتصل بالمصلحة العامة^(٢). كما أن من شأنه أن يكون البطلان الذي يلحق بالتصرف بطلانا مطلقا، حين يبدو أن الجزء الذي يلحق بخالفة هذا الشرط لا يحظى بخصائص البطلان المطلق، حيث لا يستطيع التمسك به إلا من وضع الشرط لمصلحته^(٣).

د - المنع من التصرف تعديل اتفاقي للنظام العادي للملكية في ظل الإرادة الشارعة :

٤١٤ - وإزاء ما أخذ على الآراء السابقة جميعا، اكتفى البعض بالقول بأن المنع من التصرف - من حيث يشكل قيда على سلطات المالك^(٤) - هو تعديل في النظام العادي للملكية بمقتضى إرادة الأفراد التي (أي هذه الإرادة) حوّلها القانون سلطة هذا التعديل^(٥) مادام يبرره باعث قوي. ونحن نؤيد الإكتفاء بمثل هذا التحليل (وإن بدا في ظاهره كما لو كان التناقص على المسألة المطروحة أكثر منه حساسا لها)، ولا نرى من مبرر للتشبث برد الشرط المانع إلى أحد الأنماط القانونية المعروفة.

(١) قرب الصده بند/١٠٠.

(٢) محمد علي حرفة بند/٢٨١.

(٣) في هذا المعنى السبوري، الموضع السابق، منصور مصطفى منصور بند/٤٧ البدراري بند/٧١.

(٤) في هذا المعنى: البدراري الموضع السابق.

(٥) أنظر في هذا المعنى: أسمايل غانم ص/٦٤، أحمد سلامة ص/١٥٥، محمد علي عمران ص/٢٩٤،

الصده ص/١٤٧ بند/١٠٠، ومن الفقه الفرنسي: ريبير ويولانجي مشار إليها في الصده الموضع السابق هـ/٢.

الفصل الثاني

الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة

تمهيد

٤١٥ - تجدر الإشارة - إبتداء - إلى أن الشيوع L'indivision حالة، كما تتحقق في الملكية تتحقق في الحقوق العينية الأخرى^(١). فقد يكون شيوع في حق انتفاع، أو في حق ارتفاق، أو حتى في رهن.

لذلك، فعندما عرض المشرع لمعنى الشيوع، لم يضع تعريفا له يقتصر على الملكية الشائعة كما فعل المشرع المصري، وإنما وضع تعريفا عاما يصدق على كل صور الشيوع، فنص في المادة/٨١٨-١ على أنه: «إذا تعدد أصحاب الحق العيني على شيء، غير مفزعة حصة كل منهم، فهم شركاء على الشيوع...».

لكن الشيوع يقتصر على الحقوق العينية، أما تعدد أصحاب الحق الشخصي - وهو ما تعبر عنه مجلة الأحكام العدلية بشركة الدين^(٢) - فلا يعتبر شيوعا وتخضع لأحكام أخرى غير أحكام الشيوع.

ولما كان الشيوع في الملكية هو أهم صور الشيوع وأكثرها تحقفا في الواقع العملي، فقد رأى المشرع وضع النصوص الخاصة بالشيوع في باب الملكية (في المواد من ٨١٨ - ٨٧٤)، منوها - دفعا لكل شك - إلى أن هذه الأحكام تسري أيضا على حالات الشيوع في الحقوق العينية الأخرى ما لم تتعارض مع طبيعة هذه الحقوق أو مع نص القانون^(٣).

٤١٦ - ومرجع حرص المشرع على تنظيم أحكام الملكية الشائعة واضح. فتعدد الملاك لشيء واحد من شأنه أن يجعل استغلال هذا الشيء أكثر تعقيدا مما لو انفراد بالملكية شخص واحد، إذ كثيرا ما تختلف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد التهديد بتعطيل استغلال الشيء، ولهذا تعتبر حالة الشيوع - من الناحية الاقتصادية - غير مرغوب فيها، ولكنها مع ذلك حالة ضرورية لا يمكن تجنبها. ويكفي للتدليل على ذلك، الإشارة إلى ما يترتب على الوفاة من أيلولة

(١) في هذا المعنى: أتباس بند/٩٥، ٩٦، شاباس بند/١٣٠٨.

(٢) للمقابلة بينه وشركة الملك.

(٣) فنص في الفقرة الثانية من المادة/٨١٨ سالف الذكر على أنه: «وتسري النصوص التالية على الملكية الشائعة، كما تسري على الحقوق العينية الشائعة الأخرى، ما لم تتعارض مع طبيعة الحق أو مع ما يقرره القانون».

أموال التركة للورثة شائعة بينهم لفترة من الزمن قد تطول . من هنا كان لابد من تنظيم الملكية الشائعة ، على نحو يقلل بقدر الإمكان من الصعوبات التي تنشأ عن تعدد أصحاب الحق الواحد ، كما كان لابد أيضا من تيسير إنهاء حالة الشيوع عن طريق القسمة .

٤١٧ - وقد عرض المشرع أولا للشيوع العادي فبين أحكامه (من حيث إدارة المال الشائع والتصرف فيه) ، وانقضاء الشيوع بالقسمة ، ثم عرض بعد ذلك للشيوع الإجباري موليا عناية خاصة لأهم تطبيقات من تطبيقاته وهو ملكية الطبقات والشقق .

تقسيم :

وهكذا نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : الشيوع العادي (الملكية الشائعة بوجه عام) .

المبحث الثاني : الشيوع الإجباري ، وأهم تطبيقاته (ملكية الطبقات والشقق) .

المبحث الأول

الشيوع العادي (الملكية الشائعة بوجه عام)

تمهيد

في التعريف بالملكية الشائعة، وطبيعتها:

٤١٨ - الملكية الشائعة^(١) صورة من الملك، فيها يتعدد على الشيء الواحد أكثر من حق ملكية بحيث يكون لكل مالك من الملاك حصة في مجموع الشيء المملوك. فكل منهم - إذن - يملك في الشيء بأكمله^(٢)، لكن ملكيته تقتصر على نسبة معينة فيه^(٣). وهو إذ يملك في الشيء كله تكون له عليه سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، لكنه يتقيد في ذلك بما لشركائه في الملك من ذات السلطات. وتعبيراً عن هذا المعنى قضت المادة/٨١٩ بأن: ١ - لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه. ٢ - وله أن يتصرف في حصته الشائعة^(٤).

٤١٩ - والملكية الشائعة ملكية فردية (pro-Individuelle) وليست ملكية جماعية

(١) La propriété indivise, La Copropriété

(٢) أو كما يعبر آتياس «يقع (حق كل منهم) على الشيء في كل مادته.

«Porte sur toute la matérialité de la chose».

بند/١٠١، وفي نفس المعنى محمود جمال الدين زكي بند/٦٣.

(٣) وفي هذا المعنى يقول آتياس:

«Chacun en a sa part et tous l'ont tout entier».

(٤) ويقابلها في مصر نص المادة/٨٢٦ الذي يجري على النحو التالي: «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها، وأن يستعملها، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء» وأنظر من تطبيقات القضاء: تقض ١٩٧٩/٢/٧ (خلف ٣١-٧٤).

(Pro-Collective) ، لأن كل شريك في الشبوع يملك حصته ملكا تاما^(١) فيما أنه في الملكية الجماعية لا يملك أي واحد من جماعة الملاك بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه، بل الكل يملكون مجتمعين - دون أن تكون لهم شخصية معنوية - كل الشيء المملوك.

ولا يغير تعدد الملاك من طبيعة الحق^(٢)، فهو حق ملكية^(٣) بل ولا يتعارض مع ما توصف به الملكية عادة من أنها حق مانع (أو استثنائي)^(٤) وقد بينا ذلك في موضع سابق^(٥).

إنما دون هذا التعدد لا نكون بصدد ملكية شائعة. ولذلك فإنه لا يترتب، مثلا، على عقد الشركة أن تصبح أموال هذه الأخيرة مملوكة للشركاء على الشبوع، وإنما تكون هذه الأموال مملوكة ملكية مفرزة للشركة بوصفها شخصا اعتباريا له ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل شريك. ولا تصبح هذه الأموال مملوكة للشركاء على الشبوع إلا بعد انحلال الشركة وتصفيته^(٦)^(٧).

(١) في هذا المعنى أناس ص/ ١٠٣ بند ٩٥، كما أشارت إليه أيضا المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليقا على المادة/ ٨٢٥ في معرض نظرتها للملكية الشائعة بحسبانها وضعها وسطا بين الملكية المفردة والملكية الجماعية.

(٢) راجع في الطبيعة القانونية للملكية الشائعة:

DELHAY (Fr): La nature juridique de l'indivision, Paris, L.G.D.J., 1968; IONASCO: La copropriété d'un bien Paris, 1930; DURAND (P): Droits des copropriétaires sur les biens indivis: Rev. Crit. lég. et juris. 1935, To. 55, P. 14, et s., CARBONNIER (J): Droit civil, To. 3, Paris, 13 éd, 1990 P. 141 et s. No. 80; JOSSERAND: Cours de droit civil positif: français, To. 1; 3 éd. 1938, No. 1781; VAREILLES - SOMMIERS De la copropriété. Rev. crit. lég. et juris. 1907; VAN BRIERULET: cours de droit civil, 1921, No. 257 et s.; VINCENT Les propriétés collectives, l'indivision et l'effet déclaratif du partage. Rev. Crit. 1932, P. 284; BONNECASE Précis de droit civil, To. 3, 1935, No. 52 et s.

(٣) بل وكما تؤكد محكمة النقض المصرية (حق ملكية حقيقية) انظر نقض ١١/١١/١٩٤٠ (خلف ٤٦ - ٢٣)، نقض ٧/٣/١٩٤٠ (خلف ٥٤ - ٢٥).

(٤) أنظر سابقا بند/ ١٧.

(٥) وبوجه عام، فإن الملكية الشائعة وتظل محتفظة بكل خصائص حق الملكية. فالذي يتغير هو فقط عدد أصحاب هذا الحق، أناس ص/ ١٠٣ بند ٩٥.

(٦) في هذا المعنى: شاباس بند/ ١٣٠٧.

(٨) لكن ليس ما يمنع - بداقة - أن تكون ملكية لعدة أشخاص اعتباريين (كشركات مثلا) شائعة بينهم على شيء واحد.

مصادر الشبوع، وقرينة تساوي الحصص:

٤٢٠ - ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية. فكل سبب يؤدي إلى كسب الملكية المفردة يمكن أن ينشئ حالة الشبوع إذا اتصل - في ذات الوقت - بأكثر من شخص واحد.

وأكثر ما ينشئ الملكية الشائعة، عملاً، هو الميراث. إنها قد تنشأ الملكية الشائعة أيضاً عن الوصية^(١)، وعن العقد^(٢)، بل وعن سائر أسباب كسب الملكية الأخرى^(٣) وإدراك ذلك أقل انتشاراً.

٤٢١ - وغالباً ما يحدد السبب المنشئ للشبوع حصة كل مشتاع. كأن يوصو شخص بهال لثلاثة أشخاص على أن يكون لأحدهم النصف ولكل من الباقين الربع وقد يستفاد هذا التحديد ضمناً: كأن يشتري شخصان شيئاً ويدفع أحدهما ثلثي ثمنه والآخر الثلث، فإنه يمكن أن يستخلص من ذلك أنها يمتلكان الشيء ملكية شائعة بنسبة ما دفعه كل منهما من ثمنه^(٤). وفي خصوص أموال التركة بالذات تتحدد حصص كل وارث بنسبة نصيبه في الميراث.

فإذا لم يحدد السبب المنشئ للشبوع حصة كل شريك، افترض عندئذ أن حصصهم جميعاً متساوية ما لم يثبت عكس ذلك (م/٨١٨).

تقسيم:

بعد هذا التمهيد، نوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين، نخصص أول الأحكام الشبوع، فيما نكرس الثاني لقسمة المال الشائع.

(١) كما لو أوصى شخص لاثنتين بهال على الشبوع.

(٢) كما لو اشترى عدة أشخاص مالا واحداً على الشبوع بينهم.

(٣) وإذا ثار شك لأول وهلة حول ما إذا كانت الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ عن الاستيلاء بالذات، فيكف لدفع هذا الشك أن نمثل بالصيد الجماعي. لجماعة الصيادين يملكون - بالاستيلاء - نتاج الصيد الشبوع بينهم.

(٤) بالفراض أن العقد لم يحدد صراحة حصة كل منها فيه.

المطلب الأول

أحكام الشيوع

(التنظيم القانوني لإدارة المال الشائع)

وللتصرف فيه

تمهيد: في المبادئ التي ينطلق منها هذا التنظيم :

٤٢٢ - أشرنا من قبل إلى الحقيقة التي لا يمكن تجاهلها وهي أن من شأن الشيوع أن يجعل استغلال المال الشائع أكثر تعقيدا مما لو كان فرد واحد هو الذي ينفرد بملكية هذا المال. إذ كثيرا ما تختلف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد التهديد بتعطيله كلية. ومن هنا كان لابد من تنظيم إدارة المال الشائع والتصرف فيه، تشريعا، على نحو يقلل بقدر الإمكان من هذه الصعوبات.

٤٢٣ - وقد مهد المشرع لهذا التنظيم بعرض المبادئ التي ينطلق منها :

أ - فنص في المادة/٨١٩-١ على أن : «لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله. . .». وما ذلك - في الحقيقة - إلا لكون حق الشريك في المال الشائع هو حق ملكية. لكن، نظرا لما لشركائه الآخرين من ذات الحقوق، فقد قيد المشرع هذا المبدأ بقيدتين : الأولى تتعلق بمدى هذا الحق، فنص على أن يكون استعمال الشريك للشيء الشائع أو استغلاله له «بقدر حصته». والثاني يتعلق بكيفية مباشرة الحق، فنص على أن يكون هذا الاستعمال أو هذا الاستغلال «بمراعاة حقوق شركائه».

ومن هذا : فإن الأعمال التي يجوز للشريك أن ينفرد بالقيام بها هي «تلك التي تنفق مع ما أعد له الشيء الشائع ويستطيع الشركاء جميعا في الوقت ذاته أن يقوموا بها»^(١) كالمرور في الطريق الشائع، أو ريّ الأرض من المسقاة الشائعة. أما أعمال الاستعمال أو الاستغلال التي لا تقبل المشاركة لأنها تقتضي الاستئثار بالشيء الشائع أو بجزء منه، كالبناء على جزء من الأرض الشائعة أو زراعته، فلا يجوز لأي شريك أن ينفرد بالقيام

(١) الصده ص/١٦٣ بند/١١٢.

بها حتى ولا على جزء معادل لحصته، لأنه إذ ذاك لا يراعي ما لشركائه من ذات الحق على ذات الجزء.

ب - من جهة أخرى، فإذا كان حق كل شريك يتعلق بالمال الشائع كله، بما يستوجب ألا يستقل شريك أو أكثر بأي عمل يمكن أن يؤثر على حقوق الباقيين، كان المفروض أن تكون إدارة المال الشائع والتصرف فيه بإجماع المشتاعين. لكن نظرا لتعذر هذا الإجماع في كثير من الأحيان، الأمر الذي قد يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالمال أو إلى ضياع صفقة رابحة، رأى المشرع من الضروري الاكتفاء، في أعمال الإدارة والتصرف، بقرار الأغلبية، محسوبة هذه الأخيرة لا على أساس الرؤوس وإنما على أساس قيمة الحصص^(١)، مع تفاوت في نسبة الأغلبية المطلوبة وفقا لمدى خطورة المعارضة في قرار الأغلبية. فنص في المادة/ ٨٢٠ على أن: «تكون إدارة المال الشائع والتصرف فيه من حق الشركاء مجتمعين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

تفسير:

في ضوء المبادئ السابقة، نوجز تنظيم إدارة المال الشائع والتصرف في هذا المال، في فرعين على النحو التالي:

(١) إلا في الفرض المخصوص عليه بالمادة/ ٨٢٨ كما ستعرض له في حقه، انظر لاحقا بند/ ٤٣٥.

الفرع الأول إدارة المال الشائع^(١)

المبدأ العام في إدارة المال الشائع :

٤٢٤ - بديهي أنه إذا اتفق الشركاء جميعا على أي عمل من أعمال الإدارة، فاتفاقهم صحيح يلزم الجميع .

وكان المنطق القانوني - والجميع يملك في المال الشائع - يقتضى هذا الاتفاق في كل ما يمكن أن يمس مصالح الشركاء جميعا بها في ذلك أعمال الإدارة أيا كانت . وعلى هذا المقتضى جعل المشرع الأصل هو أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين (م/٨٢٠) .

سلطة أغلبية الشركاء :

٤٢٥ - لكن نظرا إلى أنه كثيرا ما يتعذر اتفاق الجميع ، وبخاصة إذا كثر عدد الشركاء ، فقد اكتفى المشرع بالأغلبية ، مفرقا في نسبتها تبعاً لمدى أهمية هذه الأعمال وما إذا كانت من أعمال الإدارة المعتادة أو من أعمال الإدارة غير المعتادة :

أ - أعمال الإدارة المعتادة :

٤٢٦ - ويقصد بأعمال الإدارة المعتادة الأعمال التي تباشر لاستغلال المال الشائع دون أن تؤدي إلى إحداث تغييرات أساسية فيه ولا التعديل في الغرض الذي أعد له .

٤٢٧ - ومثل هذه الأعمال يجوز للأغلبية العادية (أي لمن يملكون من الشركاء أكثر من نصف الحصص) أن تقوم بها (م/٨٢١-١) .

وحيث تحسب الأغلبية على أساس قيمة الحصص لا بعدد الرؤوس ، فإنه يتصور أن

(١) راجع في إدارة المال الشائع في القانون الفرنسي (مادة ٣٨١٥ معدلة بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٦)، رينو ص/٨١ وما بعدها بند/٧-٦٠ ، شلباس بند/١٣١٢-١ ، أتياص ص/١١٠ وما بعدها بند/١٠١٣ .

تمثل هذه الأغلبية عملاً في شخص واحد إذا كانت حصته تزيد على النصف في المال الشائع^(١).

٤٢٨ - ولغده الأغلبية، بدلاً من أن تقوم بهذه الأعمال مباشرة أي بنفسها، أن تعين مديراً، سواء من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم، ليقوم بها (م/٨٢١). كما أن لها أن تضع نظاماً للإدارة (١/٨٢١) كأن تقرر مثلاً عدم جواز التأجير لأكثر من مدة معينة أو مع إيداع ريع المال في مصرف معين... الخ. وهو حكم تظهر فائدته بوجه خاص عندما يكون القائم بهذه الأعمال هو المدير.

٤٢٩ - وما تتخذه الأغلبية - سواء باشرت عملاً من أعمال الإدارة بنفسها، أو عينت مديراً، أو وضعت نظاماً للإدارة - يسرى في حق جميع الشركاء وخلفائهم، سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً (م/٨٢١-٢)^(٢).

على أن التزام الأقلية بها تفرده الأغلبية مشروط - طبقاً للقواعد العامة - بعدم تعسف الأغلبية في استعمالها لحقها، خصوصاً إذا كانت هذه الأغلبية تتمثل في عدد قليل من الأشخاص أو من باب أولى في شخص واحد «فراعي مصلحتها وحدها، أو تصرف وفق أهوائها، مهتدة مصالح الأقلية، وإلا كانت تصرفاتها غير نافذة في مواجهة الأقلية^(٣). وللأقلية، على أي حال، ملجأ آخر تلوذ به في هذه الحالة وهو طلب القسمة للخروج من الشيوخ^(٤).

٤٣٠ - فإذا لم تتوافر أغلبية على النحو المتقدم، كان للمحكمة - بناء على طلب أي شريك - أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، أو حتى ما تقتضيه المصلحة (م/٨٢٢)^(٥)؛ منعا لتعطيل الانتفاع بالمال الشائع. كما لو وجد مستأجر يعرض الاستئجار بأجر مناسب، فيكون للمحكمة أن تقرر التأجير له. بل وللمحكمة أن تعين - عند الحاجة^(٦) - من يدير المال الشائع (م/٨٢٢).

(١) فالنقطة الواردة في المادة/٨٢٨، كما سيبيء، لا تتعلق بهذا النوع من الأعمال، وإنما تتعلق بأعمال الإدارة غير المتأداة أو بأعمال التصرف. انظر لاحقاً بند/٤٣٥، بند/٤٤٥.

(٢) أما النص المصري المقابل (٢-٨٢٨) فيجمل - دون مبرر - ما يسرى على الخلف مقصوراً على ما تضعه الأغلبية من نظام للإدارة فقط.

(٣) محمود جمال الدين زكي، بند/٧١ (بل ويحمل للأقلية الرجوع على الأغلبية بالتعويض) وفي نفس المعنى، السهوري ص/٨٢٧ بند/٤٩٧، الصلة ص/١٦٦ بند/١١٤.

(٤) انظر السهوري الموضع السابق.

(٥) أما النص المصري المقابل (١-٨٢٨/م) فيقتصر سلطة المحكمة على اتخاذ ما تقتضيه الضرورة.

(٦) أي عندما تبرز الظروف ذلك.

٤٣١ - وقد يحدث أن يتولى شريك بمفرده عملاً من أعمال الإدارة المعتادة. فإذا لم يعترض عليه - في وقت مناسب - من يملكون أغلبية الحصص، هؤلاء الذين كان لهم الحق فيما قام به هو من العمل، «اعتبر فيما قام به»^(١) نائباً عن الجميع» (م/ ٨٢٣). معنى ذلك أنه يكفي لنفاذ ما قام به هذا الشريك في مواجهة سائر الشركاء عدم اعتراض الأغلبية عليه ولو اعترض بعضهم. وفي هذا الحكم يختلف القانون الكويتي عما قد يفهم من حرفة النص المصري المقابل، ذلك الذي يجعل نفاذ ما ينفرد به الشريك في حق باقي الشركاء رهنا بعدم اعتراض «الباقين» عليه^(٢)، مما يوحي بأن المقصود هو عدم اعتراض أي شريك آخر. وفهمه على هذا النحو يجعل منه حلاً مستقداً. إذ الواقع أنه لو اعترض البعض ولم يعترض البعض الآخر، وكان الذين لم يعترضوا يملكون أغلبية الحصص، أي يملكون الإدارة، فافترض موافقتهم - وهو الأساس الذي يقوم عليه اعتبار من قام بالعمل نائباً عن الجميع - يكفي لجعل تصرف الشريك نافذاً كما لو كان قد صدر من الأغلبية. لذلك فالملاحظ أن الفقه المصري يتجاوز حرفة هذا التعبير ويفسر النص في ذات المعنى الذي يستفاد من النص الكويتي^(٣).

أما إذا اعترض من لهم أغلبية الحصص، في وقت مناسب، فيكون ما قام به الشريك غير نافذ في حق سائر الشركاء، من اعترض منهم ومن لم يعترض. وتقدير ما إذا كان الاعتراض ثم في الوقت المناسب أم لا، يترك لقاضي الموضوع في ضوء ظروف كل حالة على حده.

ب- أعمال الإدارة غير المعتادة:

٤٣٢ - يقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة الأعمال التي تبشر «في سبيل تحسين الانتفاع» بالمال الشائع (م/ ٨٢٤-١)، والتي تقتضي إحداث تغيير أساسي في هذا المال أو التعديل في الغرض الذي أعد له: كالبناء في الأرض، أو هدم جزء من البناء لإعادة بنائه على شكل آخر، أو تحويل المبنى المعد للسكن إلى فندق، أو تحويل الأرض المعدة

(١) أي فقط في العمل الذي تم دون اعتراض. وفي هذا التحديد يكون نص المادة/ ٨٢٣ أكثر دقة من مقابله في القانون المصري (٣-٨٢٨)، الذي يعمم فيقول أنه: «وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم». وهو تعميم قد يظن معه أن نيابة الشريك الذي قام بالعمل، عن الباقين، لا تقتصر على ما قام به وإنما تمتد إلى أعمال أخرى، وهو غير مقبول.

(٢) مادة ٣-٨٢٨ مدني مصري.

(٣) أنظر مثلاً: السنهوري ص/ ٨٢٦ بند/ ٤٩٦، عمود جمال الدين زكي بند/ ٧٢، الصده ص/ ١٦٧ بند/ ١١٤.

للزراعة إلى غرض آخر. الخ^(١).

٤٣٣ - وهذه الأعمال، نظرا لخطورتها، لم يكن من المقبول أن يكتفي المشرع فيها بسلطة الأغلبية المطلقة للشركاء على النحو الذي رأيناه في أعمال الإدارة المعتادة^(٢). لكن لما كان من غير المقبول أيضا أن يستلزم فيها إجماع الشركاء، لما يفسد ذلك من مجال لعناد محتمل من جانب الأقلية إضرارا بمصالح الأغلبية، فقد وضع المشرع لها حلاً وسطاً، مقتضاه، أن الذي يملك اتخاذ القرار بالقيام بهذه الأعمال هم من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع. لكن هذا القرار لا يكون قابلاً للتنفيذ تلقائياً، وإنما بعد أن تنقضى مدة ثلاثين يوماً، محسوبة من تاريخ إخطار باقي الشركاء بهذا القرار، كتابة، وعدم اعتراض أي منهم عليه، أو بعد أن تفصل المحكمة في هذا الاعتراض وتعتمد القرار.

وفي هذا تقول المادة/٨٢٤: «١ - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يجاوز الإدارة المعتادة، على أن يخطروا باقي الشركاء بذلك القرار كتابة قبل إحداث التغيير أو التعديل، ولن يخالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ثلاثين يوماً من وقت الإخطار.

٢ - وللمحكمة إذا اعتمدت قرار الأغلبية، أن تقرر ما تراه مناسباً من التدابير»^(٣).

٤٣٤ - وبديهي أن للمحكمة - وهي تفصل في الاعتراض - أن تقضي بعدم جواز إجراء التغيير أو التعديل الذي قرره هذه الأغلبية (على ارتفاع نسبتها)، إذا تبين لها أنه

(١) وخطورة هذه الأعمال يراها البعض أقرب إلى أعمال التصرف المدني، أنظر محمود جمال الدين زكي بند/٧٥.

(٢) أي أغلبية من يملكون ما يزيد على النصف.

(٣) وبما يلها في مصر، مع بعض الاختلافات البسيطة، نص المادة/٨٢٩. وانظر مع ذلك حكم نقض ١٩٤٠/١/١١ الصادر في ظل التقنين المدني المصري الملغى (خلف ٢٣-٤٦) وفيه قضت المحكمة - إنطلاقاً من مبدأ أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة، بأنه وإذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك فإنه لا يعد بائناً في ملك غيره. . . ، ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق ملكية على الشيوع في الجزء الذي حصل عليه البناء، فإن كل ما له هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لها على الشيوع ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة.

وانظر في اعتبارات الواقع التشريعي التي ألجأت المحكمة إزاء ذلك إلى إصدار مثل هذا الحكم، وانتهاء غالبية الفقه إلى عدم جواز القضاء بمثله في الوقت الحاضر بعد صدور التقنين للدني الحالي، السهوري ص/٨٣٣ وما بعدها بند/٥٠٢ والمواش.

لا يؤدي إلى تحسين الانتفاع بالشيء. بل إن التفسير الحرفي للفقرة الأولى من النص السابق قد يجعل ذلك واجبا على المحكمة، لأنه يفترض أن التغيير أو التعديل الذي يجعل للأغلبية أن تقره، هو التغيير أو التعديل الذي يتقرر «في سبيل تحسين الانتفاع» بالمال الشائع.

وللمحكمة - على العكس - أن تعتمد قرار الأغلبية كما هو دون أي قيد. كما أن لها - وفقا لصريح الفقرة الثانية من نص المادة/ ٨٢٤ - أن توافق على القرار، مقررة في نفس الوقت ما تراه مناسبا من التدابير.

وحرصا من المشرع على تأكيد معنى أن المحكمة يجب عليها - وهي تفصل في الاعتراض - أن تتحقق من ملاءمة قرار الأغلبية، لم ينقل عن النص المصري المقابل إضافة وردت فيه في خصوص ما للمحكمة من سلطة إذا ما وافقت على قرار الأغلبية، تقضى بأن يكون لها «وجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات»؛ «لأن صياغة مثل هذه» تعنى في الواقع أن المحكمة تتخلل عن مهمتها الأساسية وهي التحقق من ملاءمة القرار نفسه وتحكم للأغلبية بأن تقوم بما قرره على مسئوليتها وهو أمر غير مقبول»^(١).

٤٣٥ - وهذا وتحسب الأغلبية هنا أيضا على أساس قيمة الحصص، مع قيد مهم في شأن هذه الأعمال^(٢) نص عليه المشرع في المادة/ ٨٢٨، مفاده اعتبار هذه الأغلبية غير متوافرة إذا كان الذي يملك ثلاثة أرباع المال الشائع (أو حتى أزيد) هو - بالفرض - شخص واحد. ففي هذه الحالة لا يجوز لهذا الشريك أن يفرد بالقيام بهذه الأعمال. وفي هذا تقول هذه المادة: «في الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف، لا تتوفر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال»^(٣).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة/ ٨٢٤.

(٢) إنها ليس ما يمنح المحكمة - استماليا لسلطتها في تقرير ما تراه مناسبا من التدابير - أن تحكم بكفالة، لا لضمان ملاءمة قرار الأغلبية ذاته (ينبغي أن توافق المحكمة على هذا القرار يفترض أنه في محله)، وإنما لضمان ما قد ينشأ من إعطاء في التنفيذ. انظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على الفقرة ٢ من المادة/ ٨٢٤.

(٣) ويستحب أيضا على أعمال التصرف.

(٤) ويترد المذكرة الإيضاحية هذا القيد على أساس من أنه يجد من عيوب الأخذ بنظام الأغلبية، لأنه «حتى مع الأخذ مبدأ حساب الأغلبية على أساس حصص الشركاء، وهو المبدأ الذي روحي فيه وزن المصالح، إلا أن وزن المصالح ليس هو كل شيء»، فيجب أن يتعدد الرأي وبالتالي يجب أن تكون الأغلبية لشريكين على الأقل». انظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/ ٨٢٨. ونحن إذ نوافق على هذا التبرير، إلا أن ما أشارت

الأعمال اللازمة لحفظ المال الشائع (ملطة كل شريك):

٤٣٦ - وقد يكون المال الشائع في حاجة إلى اتخاذ أعمال معينة تكون لازمة لحفظه. لذلك أعطى المشرع لكل شريك الحق في أن يتخذ مثل هذه الأعمال من دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء، فنصت المادة/ ٨٢٥ على أن: «لكل شريك الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع، وذلك دون حاجة لموافقة باقي الشركاء».

ويستوي في هذا الشأن أن تكون أعمال الحفظ هذه، مادية: مثل الترميم والصيانة وجنى الثمار في موعدها قبل أن تتلف، أو إجراءات أو تصرفات قانونية: مثل رفع دعاوى الحيازة ضد من يعتدى على حيازة الشركاء أو قطع التقادم الساري لمصلحة من يحوز المال بنية تملكه، أو الوفاء بدين الدائن المرتين توفيا من التنفيذ على المال.

ونظرا لأن مثل هذه الأعمال لا تحدث التأخير، لم يخضعها المشرع للقواعد الخاصة بأعمال الإدارة بوجه عام من حيث ضرورة توافر أغلبية للقيام بها، فلكل شريك أن يقوم بها وحده.

والشريك إذ يقوم بهذه الأعمال يقوم بها بحكم القانون لحساب الشركاء جميعا، ولهذا فهو يرجع على كل منهم بحصته فيما أنفق (م/ ٨٢٦).

نفقات الحفظ والإدارة:

٤٣٧ - وبوجه عام تكون «نفقات حفظ المال الشائع، وإدارته، ومصاريف التكاليف المفروضة عليه» كالضرائب والرسوم، على الشركاء جميعا يتحملونها وكل بنسبة حصته» في المال الشائع، فالفرض أنها أنفقت لمصلحة الجميع. وعلى هذا الحكم صريح المادة/ ٨٢٦ التي استدركت قائلة وما لم يتفق الشركاء جميعا على غيره أو يقض القانون بخلافه. ولذلك فليس ما يمنع أن يتفق الشركاء على نسبة أخرى في توزيع هذه النفقات، أو أن يعفوا أحدهم منها أو من بعضها، كما قد ينص القانون - في حالة خاصة - على خلاف حكم هذا النص الذي يقرر القاعدة العامة.

إليه المذكورة الإيضاحية من أن هذا القيد يسرى، سواء في أعمال الإدارة (المواد من ٨٢١ - ٨٢٤) أو أعمال التصرف غير دقيق، لأن نص المادة/ ٨٢٨ واضح في أن هذا القيد، فيما يتعلق بأعمال الإدارة، مقصور على أعمال الإدارة غير المتأداة فقط.

الفرع الثاني

التصرف في المال الشائع

الفروض المتصورة للتصرف، تقسيم:

٤٣٨ - إذا تخيلنا الفروض التي يمكن أن يتم فيها - عملاً - التصرف في المال الشائع، لأمكن ردها إلى فرضين أساسيين: فقد يتم هذا التصرف من قبل الشركاء، وقد يتم من قبل أحدهم. وفي الفرض الأول: قد يكون التصرف بإجماع الشركاء وقد يكون برأي بعضهم. وفي الفرض الثاني: قد يتصرف الشريك في حصته الشائعة، وقد يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع، وقد يتصرف في المال الشائع كله. وينبئ استعراض هذه الصور جميعاً، أن حكم البعض منها واضح وضوح البدييات. فليس من شك، مثلاً، في أن للشركاء مجتمعين التصرف في المال الشائع، ويكون تصرفهم صحيحاً وناظراً وملزماً لهم جميعاً. كما أنه ليس من شك أيضاً في أن للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة. أما تصرفه في جزء مفرز من المال الشائع، أو من باب أولى في هذا المال كله، فإنه يشكل اعتداء على حقوق الشركاء الآخرين.

على أية حال، فسوف نوزع الدراسة في هذا الفرع على محورين: نخصص الأول لتصرف الشركاء، ونكرس الثاني لانفراد أحد الشركاء بالتصرف.

المحور الأول

في تصرف الشركاء

تصرف الشركاء مجتمعين:

٤٣٩ - بدهي أن للشركاء، مجتمعين، أن يتصرفوا في المال الشائع أو في جزء مفروز منه، تصرفاً نافلاً للملكية (كالبيع) أو منشأً لحق عيني آخر، أصلي أو تبجي، عليه (كحق انتفاع أو رهن). ويكون تصرفهم هذا صحيحاً نافذاً في حق الجميع لأنهم المالكون للمال الشائع ولهم عليه سلطة التصرف التي لكل مالك على ما يملكه.

٤٤٠ - ويظل تصرفهم المنشئ للحق العيني، كالرهن أو الانتفاع، سواء ورد على المال الشائع كله أو على جزء مفروز منه، نافذاً بأكمله في مواجهتهم جميعاً أياً كانت النتيجة التي ستسفر عنها قسمة هذا المال فيما بعد. وبعبارة أكثر تحديداً، يظل هذا التصرف نافذاً في كليته حتى في حق الشريك الذي آل إليه - بمقتضى القسمة - الجزء الذي كان قد تقرر عليه هذا الحق العيني، أو الذي آلت إليه ملكية المال الشائع برمته^(١)، فلا يجوز لهذا الشريك التمسك - في مواجهة من تقرر له هذا الحق - بعدم نفاذ هذا التصرف فيما يزيد على ما كان له من حصة في المال الشائع^(٢).

(١) كان يكون تملكه مقابل ما دفعه إلى بقية الشركاء نظير حصصهم في المال الشائع.

(٢) ويأخذ بنفس الحل جانب كبير من الفقه المصري، تأسيساً على أن القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل التصرف في المال الشائع بغير نقل الملكية (انظر: محمود جمال الدين زكي بند/٧٨)، ولا يراه - بعضهم - بتعارض مع القول بالأثر الرجعي للقسمة، لأن قاعدة الأثر الرجعي للقسمة لا يخضع لها أبداً التصرف الذي يجمع عليه الشركاء (انظر الصلدة ص/١٧٥ بند/١٢٠) وانظر في نفس هذه المعاني أيضاً: السنهوري ص/٨٣٦، ٨٣٧ بند/٥٠٤، أساعيل هاتم بند/٦٥، محمد ليب شطب بند/٢٦٩.

وعكس ذلك: وأن الحق العيني الذي رتبته الشركاء، كالرهن أو الانتفاع، يصبح عندئذ واقعاً على ملك الغير فيما زاد على حصة الشريك الذي آل إليه المال الشائع، نتيجة للأثر الكاشف للقسمة: البدرابي ص/١٩١ وما بعدها بند/١٣٣، سليمان مرقس، شفيق شحاته، عبد الفتاح عبد الباقي مشار إليهم في الصلدة ص/١٧٥ هامش/١.

(٣) بل يرى البعض - بحق - أن هذا الشريك ويلتزم بضمان تعرضه الشخصي في كل الحق العيني الذي رتبته، مع شركائه، على العين الشائعة أو على الجزء المفروز، وليس فقط بقدر حصته، لأن ضمان التعرض غير قابل للتجزئة، أنظر محمود جمال الدين زكي بند/٧٨، وفي نفس المعنى أحمد نجيب الهلالي مشار إليه فيه هامش/٦.

وإذا بقي ثمة شك في ذلك، فإن الاستدراك الوارد في المادة/ ٨٣٨ كفيل بتبديده . فهي إذ تعتبر المتفاسم «مالكا وحده للنصيب المقرز الذي اختص به في القسمة، ويكون ملكيته له خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء» تستدرك قائلة : «مالم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبيتهم وفقا للقانون» .

وعلى هذا يكون ما ورد في المادة/ ٩٧٩ في شأن الرهن الرسمي، من أن : «يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار...» مجرد تطبيق لقاعدة عامة، مفادها، كما ذكرنا، أن تصرف جميع الشركاء، سواء ورد على المال الشائع كله أو على جزء مقرز منه، يظل نافذا في مواجهتهم أيا كانت نتيجة القسمة .

سلطة أغلبية الشركاء في التصرف :

٤٤٩ - إذا كان الأصل وفقا للقواعد العامة التي تتفرع على حرية المالك فيها يملك أن التصرف في المال الشائع يجب أن يتم بموافقة جميع الشركاء وليس للأغلبية أيّا كانت حصصهم أن يفرضوا إرادتهم في التصرف على الأقلية^(١)، إلا أن التصرف في المال الشائع قد يفرضه دواع قوية تجعل من اشتراط موافقة الجميع عليه، حتى يتم، ضارا بمصالح الشركاء من حيث يتعذر - عملا - الحصول على هذه الموافقة الإجماعية في كثير من الأحيان .

لذلك أثار المشرع أن يعطى الأغلبية سلطة التصرف مع ضمان حماية مصالح الأقلية . فنص في المادة/ ٨٢٧ على أن : «لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء، وعليهم أن يحظروا باقي الشركاء بقراراتهم كتابية، ولبن خالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوما من وقت الإخطار . وللمحكمة تبعا للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه»^(٢).

ويتضح من هذا النص أن الأغلبية التي لها أن تقرر التصرف ليست أغلبية عادية بل أغلبية خاصة، فيجب أن تتوافر لهم ثلاثة أرباع الحصص، وهو حكم منطقي، إذ اشترط المشرع ذات الأغلبية في شأن أعمال الإدارة غير المعتادة، فأولى بها في شأن أعمال

(١) وهذا ما تأخذ به فعلا بعض الفوائتين العربية، كالقانون الأردني والقانون التونسي .

(٢) ويقابلها في القانون المصري، مادة/ ٨٣٢ .

التصرف وهي أخطر شأنًا.

٤٤٢ - ومع ارتفاع نسبة هذه الأغلبية، فإن سلطتها في اتخاذ القرار بالتصرف ليست - مع ذلك - سلطة مطلقة من كل قيد، وإنما هي مشروطة بشرطين:

فيجب - من جهة أولى - أن توجد أسباب قوية تبرر التصرف، كما لو كان استغلال المال الشائع بحالته متعذرًا أو كان لا يغل إلا غلة ضئيلة إذا قورنت بربح ما يمكن الحصول عليه من ثمنه.

ويجب من جهة ثانية أن تكون قسمة هذا المال ضارة بمصالح الشركاء، أما إن كانت ممكنة دون ضرر فلا يجوز التصرف بقرار من الأغلبية، إذ لا تعود ثمة حاجة عندئذ إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية، وعلى من يرغب في التخلص من الوضع القائم أن يطلب القسمة.

٤٤٣ - وعلى الأغلبية - قبل إتمام التصرف - أن يخطروا باقي الشركاء بقرارهم كتابية. ولكل شريك من الأقلية - خلال ستين يوما من وصول الإخطار إليه - أن يعترض على قرار الأغلبية بالرجوع إلى القضاء.

فإذا لم يعترض أحد خلال فترة الاعتراض كان للأغلبية أن ترم التصرف الذي يكون عندئذ صحيحًا نافذًا في حق الجميع. أما إذا اعترض أحدهم، فعلى المحكمة أن تثبت أولا من توافر الشرطين السابق بيانها. فإذا اقتنعت بقوة الأسباب التي تستند إليها الأغلبية في تقرير التصرف، وتأكد لها أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء، وازنت بعد ذلك بين دواعي التصرف وأسباب اعتراض المعارض. وعلى ضوء هذه الموازنة: إما أن تحكم بعدم جواز التصرف، فلا يكون هذا ممكنا بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء^(١)، وإما أن تحكم بالتصريح للأغلبية بالتصرف. فإذا صرحت للأغلبية بالتصرف فتصرفهم يكون صحيحًا نافذًا في حق الأقلية، ولا يملك أي من هؤلاء، في هذه الحالة، أن يطلب القسمة، فالفرض أن المحكمة قد تثبتت أولا من أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء وإلا لكانت قضت بها ابتداءً، إذ سلطتها في التصريح بالتصرف مشروطة أصلا بذلك.

٤٤٤ - ونظرة على هذا التنظيم في مجمله يبين منها أن الأغلبية لا تستطيع أن

(١) في هذا المعنى: السنهوري ص/٨٤١، بند/٥٠٩.

تفرض إرادتها في التصرف دون مراعاة لرأى الأقلية . لأنه أحد أمرين : إما أن الأقلية لم تعترض على قرار الأغلبية فيحصل ذلك على موافقتهم ، أو أنها تعترض فيكون أمر التصرف أو عدم التصرف من سلطة المحكمة التي توازن بين دواعي التصرف التي تستند إليها الأغلبية ، ودواعي الاعتراض ، وقد تقتنع بدواعي الاعتراض .

٤٤٥ - بقي أن نشير إلى أنه حرصا من المشرع على تعدد الرأي في القرارات المهمة ، وهي التي تتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة وبأعمال التصرف ، قرر أن الأغلبية لا تتوافر في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال الشائع (م/٨٢٨)^(١) . فلا يملك - من ثم - شريك واحد أن يقرر التصرف في المال الشائع ولو كانت حصته فيه تزيد على ثلاثة أرباعه .

(١) وتجري هذه المادة على النحو التالي : «في الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف ، لا تتوافر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال ولا نظير لهذا النص في القانون المصري .

المحور الثاني

في انفراد أحد الشركاء بالتصرف

تصرف الشريك في حصته الشائعة :

٤٤٦ = نظراً لكون الشريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، يكون له - بداهة - أن يتصرف فيها^(١)؛ كلها أو بعضها، تبرعاً أو معاوضة، لشريك آخر أو لأجنبي عن الشبيوع. ويكون تصرفه نافذاً في مواجهة باقي الشركاء دون توقف على أي إجراء، وبالأخص دون حاجة إلى إخطارهم بهذا التصرف، لأنه لا ينطوي على مساس بحقوقهم.

على أنه يجوز لباقي الشركاء، إن كان التصرف في الحصة الشائعة بالبيع، وكان المتصرف إليه أجنبياً، أن يأخذوا هذه الحصة بالشفعة.

ويمكن - من الناحية العملية - تصور أن يؤدي التصرف في الحصة الشائعة إلى إنهاء حالة الشبيوع كلية، كما لو باع أحد شريكين حصته الشائعة إلى الآخر.

٤٤٧ = وكما يجوز للشريك نقل ملكية حصته الشائعة يجوز له أن يربط عليها حقاً عينياً: تبعياً كالرهن، أو أصلياً كحق الانتفاع، إلا إذا كان يستعصى بطبيعته على الشبيوع، كحق الارتفاق الذي يقتضى أعمالاً لا يمكن مباشرتها إلا على عقار مفروز.

٤٤٨ = وفي حالة ترتيب حق رهن على الحصة الشائعة، إذا تمت قسمة المال الشائع قبل قيام الدائن المرتهن بالتنفيذ، انتقل حق الدائن المرتهن إلى النصيب المفروز الذي آل - بمقتضى القسمة - للشريك الراهن، أو إلى الجزء منه المعادل للحصة الشائعة التي كانت مرهونة في الأصل إن كان هذا النصيب أكبر من هذه الحصة. وتعين المحكمة هذا الجزء عند عدم اتفاق ذوى الشأن (م/ ٨٣٩). فإن كان المال الشائع مجموعة من الأعيان ورتب الشريك الرهن على حصته الشائعة في واحدة منها ثم وقعت في نصيبه - بمقتضى القسمة - عين أخرى، انتقل الرهن إلى القدر من هذه العين

(١) ومع بداهة هذا الحكم حرص المشرع على تأكيد، بالفقرة الثانية من المادة ٨١٩.

المعادل للحصة الشائعة التي كانت مرهونة في الأصل، تأسيسا على فكرة الحلول العيني.

٤٤٩ - وفي حالة ترتيب حق انتفاع على الحصة الشائعة، تظل للشريك السلطات المتعلقة بملكية الرقبة. فيكون له هو، لا للمنتفع، طلب قسمة المال الشائع قسمة نهائية، ويكون الاعتداد برأيه هو، لا برأى المنتفع، فيما يتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة للمال الشائع وأعمال التصرف فيه. فيما يجب اعتبار المنتفع هو صاحب المصلحة في كل ما يتعلق بإدارة المال الشائع إدارة معتادة وقسمته قسمة مهايأه، فيكون الاعتداد في هذه الأمور برأيه هو، لا برأى الشريك.

٤٥٠ - والفرض في كل ما قدمناه أن الشريك يتصرف في حدود حصته الشائعة لا يتجاوزها. أما إن تصرف في مقدار شائع يزيد على حصته، فإن تصرفه لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد، ويحق لهؤلاء الآخرين، إذا كان التصرف ناقلا للملكية كالبيع مثلا، أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة^(١).

تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع:

أ - حكمه بالنسبة إلى الشركاء الآخرين:

٤٥١ - إذا كان للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة ويكون تصرفه صحيحا نافذا في مواجهة باقي الشركاء لكونه يملك هذه الحصة ملكا تاما على ما قدمناه، فإنه لا يجوز له - بالمقابلة - أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان معادلا لخصته فيه، لأنه - حتى في هذه الجزء - يشاركه بقية الشركاء في ملكية كل ذرة من ذراته بنسبة ما يملكه كل منهم في المال الشائع، فيكون - من ثم - في تصرفه فيه اعتداء على حقوقهم، وفيه معنى قسمة المال الشائع، قسمة جزئية بإرادته وحده وتخصيص الجزء الذي يريد منه لنفسه، وهو أمر لا يملكه، لأن القسمة لا تكون إلا بإجماع الشركاء أو بقرار من المحكمة. وفي هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة التمييز أن «الشريك في المال الشائع وإن كان له أن يتصرف في حصته الشائعة المعلومة منه كالنصف أو الثلث قبل القسمة، فليس له قبلها أن يتصرف في قدر مفرز من ذلك المال إلا بإجازة باقي شركائه فيه لتعلق حقهم بالمبيع في هذه الحالة^(٢)».

(١) تنص ١٩٧٥/١١/١١ (خلف ٧٢-٣١).

(٢) تمييز ١٩٨٢/١٢/١ الطعن رقم ٢٣، ٨٢/٢٤، ٢٣ (المجلة ١١ ع ٢٤ - رقم ٢١/ ص ٨٠ ورقم ٢٤ ص ٨٨).

وهكذا فحكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، فيكون لهم - من ثم - أن يتجاهلوه ويعتبرونه كأن لم يكن. يستوى في هذا الشأن أن يكون تصرفا ناقلا للملكية كالبيع أم منشأ لحق عيني أصلي كالانتفاع أو تعمي كالرهن.

٤٥٢ - بل إن لباقي الشركاء - بدلا من الاكتفاء بهذا الموقف السلبي - أن يقيموا، ودون انتظار لنتيجة القسمة، دعوى الاستحقاق على الشريك (المتصرف) والمتصرف إليه، إذا كان التصرف من التصرفات الناقلة للملكية، لا للحكم لهم بجزء مادي من العين المبيعة وإنما لتأكيد حقوقهم شائعة في هذه العين ولا تكون دعواهم عندئذ سابقة لأوانها^(١).

٤٥٣ - والقول - كما ذهب محكمة النقض المصرية في اتجاه حديث لها - بأن هذا التصرف ينفذ في مواجهة باقي الشركاء لكن لا باعتباره تصرفا في حصة مفرزة وإنما باعتباره «في حكم التصرف في قدر شائع»^(٢) يصعب قبوله لأنه «بمحل إرادة المتعاقدين ما لم تنجه إليه، إذ أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى التصرف في جزء مفرز لا في حصة شائعة»^(٣).

وليست تخفي طبعاً، النتائج المهمة التي كانت لتترتب على هذا القول لو صح. فمقتضاه - إذا كان التصرف ناقلا للملكية - أن يصبح المتصرف إليه شريكا في الشيوع بدلا من الشريك الأصلي (المتصرف) بما يتفرع عليه من أن يكون له أن يشارك في إدارة المال الشائع وأن يطلب القسمة بل وأن يأخذ بالشفعة إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي. كما يتصور معه، إن كان هذا التصرف بيعا، أن يكون لباقي الشركاء أن يشفعوا فيه. وكل هذه النتائج لا يكون لها محل مع القول بعدم نفاذ تصرف الشريك في الحصة المفرزة في مواجهة باقي الشركاء.

(١) عل عكس ما كانت تقضي به محكمة النقض المصرية في ظل التقنين المدني القديم وكانت فيه هذا للتدق من جانب الفقه. أنظر مثلا حكمها في ١٩٤٠/٤/٢٥ (وقد جاء فيه أنه: ليس للشريك في الشيوع ولا لمن تلقى الحق عنه، أن يدعي الاستحقاق في الجزء الذي باعه الشريك الآخر إلا بعد أن تحصل القسمة ويقع البيع في نصيبه هو، أما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقة لأوانها (خلف ٥٣ - ٢٥)، وأنظر أيضا نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ (خلف ٦٠ - ٢٨) وفيه تضيف أن هذا هو ما أخذ به القانون المدني الحالي في المادة ٨٢٦ وهذا غير صحيح في واقع الأمر.

(٢) نقض ١٩٨٦/١٢/٢٣ (خلف ٨٥ - ٣٥)، وانظر سابقا بند ١٦٦ وهوامشه.

(٣) الصده ص/ ١٨١ بالمهامش.

ب - حكمه في العلاقة بين المتعاقدين (الشريك المتصرف والمتصرف إليه) :

٤٥٤ - أما حكم هذا التصرف في العلاقة بين الشريك المتصرف والمتصرف إليه فقد نظمته المشرع على أساس من اعتبار الشريك قد تصرف في حق لا يملكه، وهو أمر لا يحول دون انعقاد التصرف وترتيب آثاره الشخصية (أي الالتزامات) بين طرفيه، أما الآثار العينية، أي نقل الملكية أو إنشاء الحق العيني غير الملكية، فلا تترتب ما بقي الشيوع قائما، فإذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف زال المانع الذي منع ترتيب الأثر العيني، فنصت المادة/٨٢٩ على أنه: «إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر، فيما يتعلق بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى، إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المتصرف». وهكذا:

٤٥٥ - فقبل القسمة: يقتصر التصرف على إنشاء الالتزامات الشخصية فيما بين طرفيه. فإن كان هذا التصرف بيعا مثلا، كان الشريك ملتزما، بحسبانه بالعا بتسليم المبيع، وبضمان التعرض وضمان الاستحقاق، وكان المتصرف إليه (المشتري) ملتزما بسداد الثمن.

وطبقا للقواعد العامة، إذا كان المتصرف إليه غير عالم وقت التصرف بأن المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة وإنما يملك حصة شائعة فيه، فإنه يكون له أن يطلب إبطال العقد للغلط^(١). على أنه إذا انتظر حتى وقعت القسمة فقد لا يعد بإمكانه رفع دعوى الإبطال وذلك إذا اختص متعاقده (الشريك في الشيوع) بالجزء المفرز الذي تصرف له فيه «لأن الغرض الذي استهدفه، وهو خلوص ملكية الجزء المتصرف فيه له، قد تحقق، فيكون تمسكه بالإبطال بعد ذلك متعارضا مع ما يقضي به حسن النية»^(٢).

أما الآثار العينية، أي نقل الملكية أو إنشاء الحق العيني غير الملكية، فلا تترتب ما بقي الشيوع قائما. بعبارة أخرى تكون موقوفة إلى أن تتم القسمة.

(١) أما إن كان يعلم بذلك فلا يكون له الحق في طلب الإبطال «ويمكن اعتباره قابلا للتصرف موقفا أثره العيني على نتيجة القسمة». للمذكرة الإيضاحية تمليفا على المادة/٨٢٩.

(٢) محمد لبيب شيب ص/٢٨٦ بند/٢٧٥.

(٣) والمادة/١٤٩ تقضي بأنه، ولا يجوز لمن صدر رضاه عن غلط، أن يتمسك بطله على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية. ويكون للطرف الآخر، على الأخص، أن يتمسك في مواجهته بأن يتم العقد على نحو يتمشى مع حقيقة ما اعتقده، بدون ضرر كبير يتأله. فها بالنا ولا ضرر على الإطلاق سيناله.

٤٥٦ - فإذا تمت القسمة: ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، زال المانع الذي منع ترتيب الأثر العيني. أما إن لم تسفر القسمة عن هذه النتيجة، كان للمتصرف إليه - طبقاً للقواعد العامة - الحق في فسخ التصرف لعدم إمكان تنفيذه، مع التعويض إن كان له وجه.

ولم يشأ المشرع أن يأخذ في هذه الحالة الأخيرة بالحكم الوارد في القانون المصري (م/٨٢٦-٢) وهو انتقال حق المتصرف إليه، من وقت التصرف، إلى ما يقع في نصيب المتصرف من أموال أخرى غير المال المتصرف فيه^(١)، إعمالاً لفكرة الحلول العيني، لأن هذا الحكم غير منطقي من الناحية النظرية وغير مقبول من الناحية العملية. فمن الناحية النظرية لم ينشأ التصرف في الجزء المقرز للمتصرف إليه أي حق عيني أصلاً حتى يقال بانتقاله^(٢). ومن الناحية العملية ليس من المعقول أن يتعامل المتصرف إليه مع الشريك على شيء معين بذاته ويفرض عليه بعد ذلك شيء آخر حتى ولو كان معادلاً له في القيمة، «إذ قد لا يحقق الشيء الآخر الغرض الذي قصد إليه المتصرف إليه حتى ولو كان كل من الشئين جزءاً من كل»^(٣)، كأن يكون المتصرف إليه اشترى قطعة أرض ليعني عليها وهي جزء من أرض شائعة واسعة ولكنها قرية من العمران، ثم يقع في نصيب الشريك (البائع) أرض بعيدة عن العمران وقد لا تصلح للبناء عليها^(٤).

تصرف الشريك في المال الشائع كله:

٤٥٧ - فإذا كان الشريك قد تصرف في المال الشائع كله، فإن تصرفه يكون وارداً على ملك الغير فيما زاد على نصيبه^(٥).

وحكم هذا التصرف، في مواجهة باقي الشركاء، أنه لا يكون نافذاً فيما زاد على حصة الشريك. ويكون - من ثم - لهؤلاء، دون انتظار لنتيجة القسمة، رفع دعوى الاستحقاق في مواجهة المتصرف إليه. أما بالنسبة لحصة الشريك فإذا كان التصرف

(١) أنظر من تطبيقات القضاء المصري لهذا الحكم، نقض ١٩٨١/١٢/١٣ (خلف ٣٢٧-٣٢٦) نقض ١٩٨٢/١١/٤ (خلف ٣٣٠-٣٢٨).

(٢) بل اقتصر على إنشاء التزامات شخصية.

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة/٨٢٩.

(٥) في هذا المعنى: السنهوري/بند/٥٣٥، محمد علي حرفة/بند/٣٠٣، الصده/بند/١٢٣، محمود جمال الدين زكي/بند/٨٧، البدرأوي/بند/١٣٢، محمد لبيب شنب/بند/٢٧٢، وقارن: منصور مصطفى منصور/بند/٦٩، (حيث يرى أن التصرف كله يعتبر تصرفاً في ملك الغير).

ناقلا للملكية، حل المتصرف إليه محل الشريك المتصرف، في هذه الحصة، وأصبح شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء.

أما في العلاقة بين المتعاقدين فتسري على هذا التصرف ذات الأحكام التي تسري على تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع على النحو السابق بيانه^(١).

(١) انظر سابقا البنود ٤٤٤-٤٤٦.

المطلب الثاني

قسمة المال الشائع Le partage

قسمة الملك وقسمة الانتفاع :

٤٥٨ - قسمة المال الشائع - من حيث الغرض منها وأثرها على حالة الشيوع -
نوعان :

إما قسمة ملكية، بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، فتنتهي بها حالة الشيوع. وهذا النوع من القسمة يكون هو المقصود من لفظة قسمة إذا ما أطلقت من غير تحديد.

وأما قسمة انتفاع، يقال لها قسمة المهايأة، وهي عملية مؤقتة، تجري في أثناء الشيوع، تكفل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع تخلصا من الصعوبات التي تعترض إدارته، يتيسر بمقتضاها لكل شريك أن ينتفع بالمال الشائع منفردا مدة من الزمن أو جزء مفرز منه كل الزمن. فلا تنتهي بها - من ثم - حالة الشيوع^(١). وهي - لغرضها هذا - عادة ما يعالجها الشراح في الموضع المخصص لإدارة المال الشائع (إدارة معقدة)^(٢). وكان الأدق - منهجيا - لو اتبع المشرع هذه الخطوة أيضا، لكنه - جريا على ذات الخطوة التي اتبعها المشرع المصري - أرجأ عرضها لما بعد عرض الأحكام المنظمة لإدارة المال الشائع والتصرف فيه بل ويعد أحكام قسمة الملك المنهية للشيوع، وهو ما دعانا - بدورنا - إلى إرجاء عرضها إلى هذا المطلب التزاما بخطة المشرع، وإن فضلنا أن نبدأ بها دراسة قسمة المال الشائع قبل أن نعرض لقسمة الملك النهائية المنهية لحالة الشيوع.

(١) للملك لم يكن من الدقة أن يعرض المشرع المصري لهذا النوع من القسمة، جنبا إلى جنب مع قسمة الملك تحت عنوان وانقضاء الشيوع بالقسمة. أما المشرع الكويتي فقد أفرز قسمة المهايأة عنوانا مستقلا، بعد إذ عرض لقسمة الملك وحدها تحت عنوان انقضاء الشيوع بالقسمة.

(٢) أنظر مثلا: السنهوري/بند/٤٩١ وما بعده، محمود جمال الدين زكي/بند/٧٠، أما البداروي فعالجها تحت عنوان واستعمال المال الشائع/بند/١١٠، كما عالجها محمد لبيب شنب تحت عنوان «الانتفاع بالمال الشائع»/بند/٢٦٣.

تقسيم:

وهكذا نوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين، نجعل أولها لقسمة الانتفاع غير المنبهة للشيوخ (أو قسمة المهايأة)، لنكرس الثاني لقسمة الملك المنبهة للشيوخ.

الفرع الأول

قسمة الانتفاع غير المنبهة للشيوخ (قسمة المهايأة)

مهايأة مكانية ومهايأة زمانية (اتفاق جميع الشركاء):

٤٥٩ - للشركاء - جميعا - أن يتفقوا على قسمة الانتفاع بالمال الشائع بطريقة المهايأة. وهذه تكون إما مهايأة مكانية أو مهايأة زمانية:

أ - المهايأة المكانية:

٤٦٠ - وفيها يتفق الشركاء على تقسيم المال الشائع أجزاء، لينتفع كل شريك منهم بجزء يعادل حصته في المال الشائع، في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى. فيتسنى بهذا الشكل لكل شريك أن يحوز مالا مفرزا يتفرد بإدارته، فيستعمله أو يستغله، بنفسه أو بواسطة غيره، لا يحاسبه أحد من الشركاء في إدارته لهذا الجزء ولا على ما حصله من هذه الإدارة ولا يكون له بدوره أن يحاسب غيره من الشركاء في ما اختص به كل منهم من جزء. فيتخلص كل شريك - على هذا النحو - من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات.

وقسمة هذا شأنها، لا يكون من بأس أن تستمر لأية مدة ما بقي الشيوخ قائما. لكن نظرا لأن القانون لا يميز الإيجار على البقاء في الشيوخ^(١)، بمقتضى الاتفاق، إلى أجل يجاوز خمس سنين (م/١٨٣٠)، فقد نص المشرع أيضا على عدم صحة الاتفاق على

(١) أي لا يميز الإيجار على عدم طلب القسمة.

المهالبة فيما زاد من مدته على خمس سنين^(١)، حتى لا يجبر الشريك على البقاء في الشبوع - عن طريق المهالبة المكانية - مدة أطول من ذلك. مادام الفرض في المهالبة المكانية، كما قلنا، أنها إن أفرزت المال من حيث المنفعة إلا أنها تبقى شائعا من حيث الملك.

لكن ليس ثمة ما يمنع، بعد انقضاء المدة المتفق عليها للمهالبة المكانية أن يصير تجديدها، بالاتفاق، لمدة أولدد أخرى، شرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات. وهو ما يمكن أن يكفل لهذه المهالبة^(٢) أن تدوم - من الناحية العملية - لمدة طويلة إن شاء المشتاعون ذلك.

والغالب أن يتفق الشركاء على مدة المهالبة. لكن ذلك ليس شرطا لصحة الاتفاق على المهالبة، فهو يصح ولو لم يتفق فيه على مدة:

فإذا اتفق على مدة معينة للمهالبة (في حدود خمس سنوات) انتهت القسمة بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين قبل انقضاء هذه المدة برغبته في الإنهاء (م/٨٤٣-١).

أما إذا لم يتفق على مدة، فتكون المدة - بحكم القانون - هي سنة، وتمتد هذه المدة سنة فسنة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين، قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوما، برغبته في إنهاء القسمة (م/٨٤٣-٢). فإذا حصل التنبيه انتهت القسمة بنهاية السنة.

وقد يحدث أن تنتهي القسمة بانتهاء المدة المتفق عليها ومع ذلك يبقى الشركاء على ما هم عليه، كل منهم ينتفع بالجزء الذي اختص به، دون أن يعترض أحدهم على ذلك خلال مدة معقولة. عندئذ تكون القسمة قد تجددت تمجدا ضمنيا. والتجديد الضمني عقد جديد يعقد بشروط العقد الذي انتهى، فيها عدا أنه يكون غير محدد المدة فيسرى عليه حكم العقد الذي لم يتفق فيه على مدة، أي تكون مدته سنة، تمتد سنة فسنة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين - قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوما - برغبته في إنهاء القسمة على النحو السابق بيانه (م/٨٤٣-٣).

ولا تنقلب قسمة المهالبة المكانية إلى قسمة نهائية مهما مضى عليها من زمن. فالمرجع الكويتي لم يأخذ بما أخذ به المشرع المصري من أن المهالبة المكانية إذا دامت خمس عشرة

(١) فيها يعني أنه إذا اتفق على مدة أطول، انقضت المدة إلى خمس سنين.

(٢) ومن ثم البقاء في الشبوع في الملك.

سنة انقلمبت قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك (م/ ٨٤٦-٢ مدني مصري)،
لأن ما قيل في تبرير هذا الحكم، محل نظر^(١).

ولا تفرص قسمة المهايأة من مجرد حيازة الشريك لجزء مفروز من المال الشائع معها
مضى على هذه الحيازة من زمن^(٢)، فالمرشع الكويتي لم يأخذ أيضا بما أخذ به المرشع
المصري من أنه «إذا حاز الشريك جزءا مفروزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة
افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة» (م/ ٨٤٦-٣ مدني مصري)، لأن
هذا الحكم غير مقبول، إذ القرائن تبني على الغالب، وليس الغالب أن تكون حيازة
الشريك لجزء مفروز مستندة إلى قسمة مهايأة^(٣).

ب - المهايأة الزمانية :

٤٦١ - وفيها يتفق الشركاء جميعا على أن يتناوبوا في الانتفاع بالمال الشائع كله،
كل منهم لمدة تتناسب مع حصته. كأن يرث ولد و بنت، دارا، فيتفقان على أن يختص
الأول بالانتفاع بها مدة سنتين ثم يتركها للثانية لتتفع بها مدة سنة . . وهكذا.

ولأن مدة انتفاع كل شريك والنسبة بينها وبين مدة انتفاع الآخر هي الأمر الجوهرى
في هذا النوع من القسمة فإن صحة الاتفاق على هذه الأخيرة تكون مشروطة بالاتفاق
على مدة، فإن لم يتفق على مدة وقع الاتفاق على هذه القسمة باطلا.

إنما يجوز للشركاء الاتفاق على عدد مرات التناوب كما يشاءون. شرط ألا يؤدي
اتفاقهم إلى إجبارهم على البقاء في الشيوخ مدة تزيد على خمس سنين.

(١) فقد قيل أن دوام المهايأة خمس عشرة سنة أكبر دليل على أن هذه المهايأة هي غير قسمة نهائية للمال الشائع
يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة وأطمأنوا إلى نتائجها، فإن كانوا يريدون
غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية (انظر في ذلك:
مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج/ ٦/ ص/ ١٢٩).

وهذا التبرير محل نظر، وفقد توجد اعتبارات تجعل الشركاء يقبلون القسمة باعتبارها مهايأة في الانتفاع
دون أن يرتضوها قسمة نهائية لاختلاف غاية كل من نوي القسمة، كما لو كان المقسوم مهايأة أرضا زراعية
تستوي أجزاؤها في الجودة من حيث الاستغلال الزراعي ولكن بعض الأجزاء التي يزرعها أحدهم قد
أصبحت قريبة من منطفة المباني فارتفع سعرها أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على
المادة/ ٨٤٣.

(٢) بمعنى أنه لا يكفي التمسك بوجود هذه القسمة إثبات حيازته لهذا الجزء، وإنما عليه أن يثبت وجود هذه
القسمة مباشرة.

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة/ ٨٤٣.

المهاياة التي تتم في إطار إجراءات القسمة النهائية :

٤٦٢ - وقد يحدث أن تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع وتطول، أو يتوقع الشركاء لها أن تطول، فيرى هؤلاء من الأفضل أن يتفقوا فيما بينهم على قسمة المال قسمة مهاياة لإجراء مؤقت حتى تتم القسمة النهائية، فيجوز لهم ذلك (م/٨٤٥).

بل أجاز القانون للمحكمة التي تبأشر أمامها إجراءات القسمة النهائية، أن تأمر بقسمة المال الشائع مهاياة بين الشركاء بناءً على طلب أحدهم إذا تعذر إتفاقهم على المهاياة (م/٨٤٥).

ومن هذا يبين أن هذا النوع من قسمة المهاياة التي تتم أثناء إجراءات القسمة النهائية تتميز عن قسمة المهاياة العادية بأمرين :

الأول: أنها لا تكون بالضرورة اتفاقية، فقد تكون قضائية تتم بأمر المحكمة بناءً على طلب أحد الشركاء.

والثاني: أنها لا تخضع للقواعد الخاصة بالمدة، وإنما تستمر حتى تتم القسمة النهائية.

خضوع قسمة المهاياة لأحكام الإيجار:

٤٦٣ - ونظراً لأن كلا من المتقاسمين يلتزم بمقتضى الاتفاق بتمكنين غيره من الانتفاع إما بالجزء الذي يخصه إن كانت القسمة مكانية وإما بكل المال الشائع إن كانت زمانية، وذلك في مقابل أن يمكنه غيره من الانتفاع بالجزء الخاص به، فهي تشبه الإيجار^(١)، بحيث يصبح كل متقاسم في مركز يشبه مركز المؤجر والمستأجر في الوقت نفسه. لذلك أخضعها المشرع - فيما عدا الأحكام السابقة - لأحكام الإيجار إلا ما كان منها يتعارض مع طبيعة القسمة، فنصت المادة/٨٤٦ على أنه: وتخضع قسمة المهاياة من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، ومن حيث الاحتجاج بها على الغير، لأحكام عقد الإيجار، ما لم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة القسمة.

(١) فالمهاياة - بنوعها - وهي مقايضة انتفاع بانتفاع. ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجاراً، إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار نقداً، السهوي بند/٤٩٣.

الفرع الثاني

قسمة الملك المنهية للشروع (القسمة النهائية)

تمهيد

حق كل شريك في طلب القسمة لإنهاء الشروع (المبدأ، ورقابة القضاء):

٤٦٤ - رغم أن المشرع نظم الملكية الشائعة على وجه ييسر إدارة المال الشائع ويحفظ مصالح الشركاء، إلا أن الحقيقة التي لا يمكن تجاهلها، أن الشروع مصدر متاعب، ويؤدي - عملاً - إلى شيء من التعقيد في طريقة الانتفاع بالمال الشائع والتصرف فيه. وقد يكون المشتاعون أعضاء أسرة واحدة بل الغالب هو ذلك، فيؤدي اختلافهم في إدارة المال الشائع والتصرف فيه إلى الشقاق بينهم ومن ثم تكدير صفو الأسرة. وفي المقابل، فإنه مما لا شك فيه، أن في استقلال الفرد في استغلال ما يملك حافزا قويا على العمل وحسن التصرف، الأمر الذي ينعكس أثره على المصلحة العامة للمجتمع.

لهذا، كان الأصل أن يكون لكل شريك الحق في طلب قسمة المال الشائع، رضا أو قضاء، لإنهاء حالة الشروع (م/٨٣٠-١)^(١).

ويثبت هذا الحق لكل شريك أيّا كان مقدار حصته في المال الشائع. وسواء أكان شريكا أصليا أي كان موجودا منذ بدء الشروع أم كان شريكا لاحقا دخل الشروع بعد فترة من بدئه، كالحلف العام أو الخاص^(٢) لأي من الشركاء الأصليين^(٣). ويظل للشريك أن يطلب القسمة في أي وقت مادامت حالة الشروع قائمة، فهذا الحق لا يسقط بمرور الزمان.

(١) أو في عبارة مساوية، كان الأصل هو عدم جواز الإيجاب على البقاء في الشروع. أو - كما تعبر المادة/٨١٥ مدني فرنسي: "nul ne peut être, contraint à demeurer dans l'indivision".

(٢) كمشتري الحصة الشائعة من أحد الشركاء للشناعين.

(٣) وخلافا لرأي البعض (انظر مثلا: محمد لييب شنب بند/٢٨٦، إبراهيم الدسوقي بند/١٨٥) نشك في أن يكون لدائن أحد الشركاء طلب القسمة باسم مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة، لأن القسمة تنبئ على اعتبارات يستقل الشريك بتقديرها.

ولا يحول بين الشريك وحق طلب القسمة لإنهاء الشروع، أن تكون هناك قسمة مهياة لم تنته مدتها بعد. فيجوز للشريك، رغم أنه كان طرفا في الاتفاق على المهياة أن يطلب القسمة النهائية دون انتظار لانتهاء مدة المهياة، فهذه الأخيرة ليست - كما رأينا - سوى قسمة انتفاع، والاتفاق عليها رهْن بقاء حالة الشروع، ومن ثم فإن هذا الاتفاق ينقضي بانقضاء هذه الحالة لأي سبب، بما في ذلك القسمة النهائية.

٤٦٥ - إنما خشية تعسف محتمل من جانب الشريك في استعمال حقه في طلب القسمة، أجاز المشرع للمحكمة - بناء على طلب أحد الشركاء - أن تأمر بالبقاء في الشروع مدة تحددها، متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء (م/١٣٠-٢).^(١)

الإجبار على البقاء في الشروع استثناء:

٤٦٦ - إنما قد توجد اعتبارات تدعو إلى الإجبار على البقاء في الشروع، أو في عبارة مساوية تدعو إلى منع طلب القسمة. لذلك استدركت المادة/١٣٠-١ على الأصل المقرر فيها من أن لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع، فقالت: ما لم يكن (أي الشريك) مجبرا على البقاء في الشروع بمقتضى القانون أو التصرف».

وبين من هذا الاستدراك أن الإجبار على البقاء في الشروع قد يجد مصدره في نص القانون أو في تصرف قانوني، عقداً كان هذا الأخير أو تصرفا بإرادة منفردة كالوصية:

٤٦٧ - فقد يقدّر المشرع نفسه وجوب الاستمرار في الشروع، فيضع نصاً يمنع طلب القسمة، كما هو الحال مثلا في نص المادة/٨٢٥ الذي يمنع قسمة الأجزاء المشتركة (أي المملوكة على الشروع) في ملكية الطوابق والشقق.

٤٦٨ - وقد يرى المشتاعون أنفسهم من الاعتبارات ما يدعوههم إلى الاتفاق على عدم جواز طلب القسمة خلال مدة معينة^(٢) تقديرا منهم أن تجزئة المال المشترك ليس في مصلحتهم، كأن يكون من شأنها مثلا أن تقلل من غلته. فيكون اتفاقهم على البقاء

(١) وبأخذ القانون الفرنسي بنفس الحل تقريبا في المادة/٢٨١٥-٢، وإن كان يقيد سلطة المحكمة فلا يجعل لها لإجراء القسمة إلا لمدة لا تتجاوز ستين. راجع شابلان/١٣١٣.

(٢) راجع، في تنظيم هذا الاتفاق، وحلوه، في القانون الفرنسي: رينو/٩٢، بند/١٤٦٠.

في الشيوخ للمدة التي حدودها، صحيحا - من حيث الأصل - وملزما للجميع^(١). وبحسبان هذا الاتفاق عملا من أعمال الإدارة فتكفي في الشريك أهلية الإدارة لإبرامه، ولا تستلزم أهلية التصرف^(٢).

لكن، لما كان الحق في طلب القسمة هو الأصل، والإجبار على البقاء في الشيوخ هو الاستثناء، وكان من المحتمل أن تتغير الظروف التي دفعت الشركاء إلى اشتراط عدم جواز طلب القسمة، فقد وضع المشرع حدا أقصى للمدة التي يصح فيها الاتفاق على البقاء في الشيوخ، فنص على عدم جواز الإجبار على البقاء في الشيوخ، بمقتضى التصرف القانوني، إلى أجل يجاوز خمس سنين (م/ ١٨٣٠-١٨٣١)^(٣).

وانقضاء المدة المتفق عليها لا يمنع الشركاء - بداية - من أن يتفقوا من جديد على البقاء في الشيوخ لمدة ثانية وثالثة وهكذا، بشرط ألا يجد الشريك نفسه في أي وقت مجبرا على البقاء في الشيوخ لمدة أكثر من الحد الأقصى سالف الذكر. ولذلك فإنه إذا ما فرض وكان الاتفاق على مدة خمس سنوات جديدة قد حصل قبل انقضاء المدة السارية، فإن المدة الجديدة تحسب من وقت الاتفاق عليها وليس من وقت انقضاء المدة السارية، بمعنى أن المدة الجديدة تستبدل بالباقي من المدة القديمة.

فإذا اتفق على البقاء في الشيوخ مدة تزيد على خمس سنوات كان الاتفاق باطلا في الزيادة، ويستطيع كل شريك أن يطلب القسمة فور انقضاء السنوات الخمس. أما إن التزم الشركاء هذا القيد الزمني، فصَحَّ الاتفاق، كان ملزما، ليس لهم وحدهم، وإنما أيضا لكل من يخلف الشريك في حصته الشائعة، سواء أكان خلفا عاما أو خاصا. بل ويستوى أن يكون الخلف الخاص يعلم وقت تعاقدته مع سلفه بمثل هذا الاتفاق أو لا يعلم، وفي هذا خروج على القواعد العامة في حدود انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اقتضته ضرورة حماية باقي الشركاء حتى لا يفاجأوا - وبعد الاتفاق وترتيب أمورهم على أساس أن الشيوخ سيبقى طوال المدة المتفق عليها - بأن من اشترى من

(١) والغالب أن يقع الاتفاق على البقاء في الشيوخ بين جميع الشركاء. ويرى البعض في هذه الموافقة الإجماعية شرطا لصحة هذا الاتفاق (انظر: شبب بند/ ٢٩٠، الدسوقي بند/ ١٨٨)، فيها أن الرأي الراجح هو جواز وقوع هذا الاتفاق بين بعض الشركاء، ويكون عندئذ ملزما لهم وحدهم دون الباقين الذين لم يكونوا طرفا فيه (من هذا الرأي: السنهوري بند/ ٥٣٧، اسحاق غانم بند/ ٨٨، منصور مصطفى منصور بند/ ٧٥، محمود جمال الدين زكي بند/ ٨٨).

(٢) في هذا المعنى، السنهوري، محمود جمال الدين زكي، المواضع السابقة.

(٣) وتقشيا مع هذا القيد سبق أن رأينا أن المشرع لم يجز أيضا الاتفاق على قسمة منافع المال الشائع مهية بين الشركاء لمدة تزيد على خمس سنين. انظر سابقا بند/ ٤٦٠.

شريكم يطلب القسمة بحجة أنه اشترى دون أن يعلم بالاتفاق.

٤٦٩ - وقد يكون الإجبار على البقاء في الشيوخ بمقتضى وصية. كان يوصى شخص بهال إلى أكثر من واحد، شائعا بينهم، ويشترط في الوصية عدم جواز القسمة لاعتبارات يقدرها، فيصح هذا الشرط^(١) مادام في حدود قيد السنوات الخمس سالف الذكر.

سلطة المحكمة في الإجبار على البقاء في الشيوخ، وفي الأمر بالقسمة:

٤٧٠ - وحرصا من المشرع على تحقيق شيء من المرونة في حق الشريك في طلب القسمة من ناحية، وفي إلزام الشريك بالبقاء في الشيوخ من ناحية أخرى^(٢) أجاز للمحكمة - بناء على طلب أحد الشركاء - إذا كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء - أن تأمر بالبقاء في الشيوخ مدة تحددها، إذا لم يوجد اتفاق على عدم جواز طلب القسمة^(٣)، أو إلى أجل لاحق للأجل المتفق عليه (م/ ٢٨٣٠). وقد

٤٧١ - كما أجاز لها أن تأمر بالقسمة في الحال رغم وجود اتفاق على عدم جواز طلب القسمة خلال مدة لم تنته بعد، إذا وجد مبرر قوي للقسمة (م/ ٢٨٣٠)^(٤). وقد

(١) إذ أجازت المادة/ ٨٣٠ أن يكون الإجبار على البقاء في الشيوخ بمقتضى التصرف القانوني ولم تقل بمقتضى اتفاق كما فعلت المادة/ ٨٣٤ مدني مصري. فالمسألة محسوسة إذن في القانون الكويتي، فيما هي محل خلاف في الفقه المصري. فالبعض يرى صحة مثل هذا الشرط، قياسا - على ما يبدو - على الشرط المانع من التصرف، مادام أنه يمنع القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ويكون مبنيا على باعث مشروع (من هذا الرأي: السهوي بنـد/ ٥٣٧، اسياصل غانم/ ٨٨، منصور مصطفى منصور بنـد/ ٧٥، الصده بنـد/ ١٣٣)، فيما يرى البعض الآخر أن هذا الشرط يكون باطلا، تأسيسا على أن الشارع لم يميز الخروج على الأصل الذي يجعل للشريك الحق في طلب القسمة إلا باختيار الشركاء أنفسهم حيث يكونون على بينة مما إذا كانت مصالحهم تقتضي البقاء في الشيوخ مدة معينة (من هذا الرأي: محمد علي عرفه بنـد/ ٣١٩، محمد كامل مرسي ج/ ٢ بنـد/ ٩٧، البدواوي بنـد/ ١٤٨). وقد أخذ على الرأي الأخير، من قبل أنصار الرأي الأول، أنه يتجاهل الباعث المشروع الذي يدفع الموصى إلى إيراد مثل هذا الشرط. وأنه إذا كان هذا الباعث يعمل من شرط المنع من التصرف الذي يرد في الوصية شرطا صحيحا، فأولى به أن يميز الشرط المانع من القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات. أما البعض الثالث فيرى أن هذا الشرط، إن صح، «يتعين القول بجوازه لمدة معقولة تطبيقا للمادة/ ٨٢٣ (في الشرط المانع من التصرف) وليس بالضرورة لمدة لا تزيد على خمس سنوات» أنظر محمود جمال الدين زكي بنـد/ ٨٨.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تطبيقا على الفقرة ٢ من المادة/ ٨٣٠.

(٣) وقد سبق بيان ذلك، انظر سابقا بنـد/ ٤٦٥.

(٤) ويأخذ بنفس الحلول تقريبا القانون الفرنسي في المادة/ ١٨٧٣ - مدعلة بقانون ٣١ ديسمبر/ ١٩٧٦، راجع رينو ص/ ٩٣ بنـد/ ١٤٦٠، أتياص بنـد/ ١١٠ ص/ ١٢٥. وكان للشيوخ الصهيدى اللقطين المدني

=

أريد بهذا الحكم مواجهة الظروف التي قد تطرأ أثناء قيام الشبوع وتغير من توقعات الشركاء، وذلك نظرا لما يترتب على حسن أو سوء استغلال الأموال من انعكاس على المصلحة الاقتصادية للجباة.

كيفية القسمة:

٤٧٢ م والقسمة قد تكون رضائية (أو اتفاقية) تتم باتفاق الشركاء، وقد تكون قسمة قضائية تتم بحكم من القضاء إذا تعلل الاتفاق بين الشركاء.

تقسيم:

بعد هذا التمهيد، نوزع الدراسة في القسمة النهائية على أربعة محاور، نجعل الأول للقسمة الاتفاقية، والثاني للقسمة القضائية، والثالث لحياة دائني المتقاسمين، فيما نكرس الرابع لآثار القسمة.

المصري يأخذ بهذه الحلول أيضا في الفقرة الثانية من المادة/١٢٠٢ منه ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة توجها لاستقرار التعامل . ومع ذلك ففي الفقه المصري من يقول بثبوت هذه السلطة للمحكمة من حيث كونها مجرد إعمال للقواعد العامة التي تمنح الشريك من التصرف في استعمال حقه في طلب القسمة أو حقه في رفضها . أنظر الصده ص/٢٠٥ بند/١٣٣ .

المحور الأول

القسمة الاتفاقية (الرضائية)

نص قانوني :

نظمت القسمة الاتفاقية (أو الرضائية) المادة/ ٨٣١ حين قضت بأنه :

١ - للشركاء جميعا أن يتفقوا على قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها مالم يقض نص بغيره .

٢ - ولا يجوز إجراء القسمة بالاتفاق إذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية مالم يكن له ولي، وكذلك إذا كان أحدهم غائبا أو مفقودا وثبتت غيبته أو فقده .

اتفاق جميع الشركاء :

٤٧٣ = ويظهر من النص السابق أن القسمة الاتفاقية لا بد - حتى تنهي حالة الشروع - أن تتم باتفاق جميع الشركاء . فلا يكفي لترتيب هذا الأثر اتفاق اغلبيتهم ولو كانت أغلبية كبيرة .

فإذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض، تقيّد بهذا الاتفاق - ولو أنه غير مئة للشروع - الشركاء الذين وافقوا عليه، فيظل الاتفاق قائما بالنسبة إليهم، فإذا أقر الشركاء الآخرون هذه القسمة بعد ذلك فإنها تتم بهذا الإقرار وينتهي بها الشروع .

حرية المتقاسمين في اختيار طريقة القسمة :

٤٧٤ = وتتم القسمة الاتفاقية بالطريقة التي يرضيها المتقاسمون : فقد يرضونها قسمة عينية، بأن يفرز لكل منهم نصيبه في المال الشائع عينا، بمعدل أو بدون معدل، بطريق القرعة أو بطريق التجنيب . وقد يلجأون إلى خبر يتولى تكوين الأنصة . . . إلى غير ذلك من الوسائل التي تمكّنهم من الوصول إلى اتفاق .

وقد يرضونها قسمة تصفية أو تفرض عليهم الظروف ذلك حين يكون من المتعذر

قسمة المال عينا^(١)، فيطرحونه للبيع، بالمزاد أو بالمزايسة، ليقسموا ثمنه فيما بينهم كلّ بنسبة حصته في المال الشائع. فإذا كان البيع بالمزاد ووسا هذا على أحد الشركاء اعتبر رسو المزايد عليه قسمة، أما إن رسا على أجنبي كان رسوّه عليه بيعا^(٢).

٤٧٥ - ويغلب أن يتجه الشركاء إلى قسمة المال الشائع كله، سواء أكان عينا واحدة أو عدة أعيان. إنما قد يكتفون بقسمة بعضه، فيبقون بعض المال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم في الباقي^(٣) أو يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقيون في الشيوع في ما بقي من المال بعد التجنّب.

القسمة الصريحة والقسمة الضمنية (الفعلية)

٤٧٦ - ويغلب أن تكون القسمة بالاتفاق عليها صراحة بين الشركاء. إنما يمكن أن تقع بالاتفاق ضمنا عليها حين تمتع بالقسمة الفعلية *Partage de Fait*، بأن يتصرف واحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع، فيُستخلص من تصرفاتهم هذه، ضمنا، أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء الذي سبق أن تصرف فيه^(٤)، ولا يجوز بالتالي لأيّ منهم أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا في

(١) وفي دعوى ترجع وقائعها إلى ما قبل صدور التقنين المدني، قضت محكمة التمييز بجواز بيع المال الشائع غير المنقول إذا لم يمكن قسمته وتوزيع ثمنه، إعمالا لمذهب الإمام مالك. انظر تمييز ١٩٨١/٦/٢٢ طعن رقم ١/ مدني (مجلة القضاء والقانون ١٠ ع/٢) - (٢٦-٢٥٤).

(٢) في هذا المعنى: السنيوري بند/٥٤٢، محمود جمال الدين زكي بند/٩١.

(٣) وفي هذه الحالة لا يجوز أن يضع يده على البعض من المال الذي لم تتناوله القسمة أن يدعي أنه ملك خالص له بدعوى أن علو الاتفاق على القسمة من هذا البعض من المال دليل على أن الشركاء تخرجوا على أن يكون له. وفي هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة التمييز، أن والتخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم. فإذا اتفق الورثة على اختصاص كل منهم بقدر معين من تركه المورث فلا يعتبر ذلك تخارجا بل هو اتفاق على قسمة... ولا يعني علو هذا الاتفاق من عقاري النزاع أنها ملك خالص لأحد الورثة دون الآخرين، وإنما يعني أنها لم يكونا ضمن الأعيان التي جرت قسمتها بمقتضى ذلك الاتفاق فحسب. في ١٩٨٣/٣/١٦ طعن رقم ١١٦، ١١٧، محاري (مجلة القضاء والقانون ١١ ع/٣) - ١١٩-٣٢.

(٤) نقض مصري ١٩٧٥/٢/٢٥ (خلف ٧١ - ٣٠).

المال كله^(١) وتكون العبرة، عندئذ، في تقدير الغبن لإبطال القسمة - وهو حكم سنعرض له فيما بعد - بقيمة العين الشائعة وقت إبرام التصرف الأخير، لأن القسمة قد تمت وقت إبرامه^(٢).

وجود غير كامل الأهلية أو غائب أو مفقود بين الشركاء:

٤٧٧ = فإذا كان بين الشركاء غير كامل الأهلية، سواء كان صغيراً عديم الأهلية أو ناقصها، أو كان عدم كمال أهليته لعارض من جنون أو سفه أو غفلة، لم تجز القسمة الاتفاقية أصلاً، إلا إذا كان له ولي شرعي فيجوز للولي أن يتفق على القسمة. كما لا تجوز القسمة الاتفاقية أيضاً إذا كان بين الشركاء من ثبتت غيبته أو فقده، فليس لمن تعينه المحكمة للولاية على ماله أن يبرم عقد القسمة.

ففي هذه الحالات جميعاً - وقد امتنعت القسمة الاتفاقية - يجب لإنهاء الشروع، الالتجاء إلى إجراءات القسمة القضائية. فالمرجع الكويتي لم يأخذ بها أخذ به المشرع المصري من جواز أن تتم القسمة الاتفاقية بواسطة الوصي أو القيم أو وكيل الغائب أو المفقود بشرط الحصول على إذن من القضاء^(٣). وقد روعي في ذلك وأن القسمة القضائية فيها الضمانات اللازمة لحماية غير كامل الأهلية أو الغائب أو المفقود، وفي الوقت نفسه ليس في الالتجاء إليها مشقة أكثر من الالتجاء أولاً إلى القضاء لطلب الإذن بإجراء القسمة الاتفاقية ثم الالتجاء إلى المحكمة مرة ثانية للتثبت من عدالة القسمة، وقد ترى المحكمة بعد هذا كله أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية، فالأولى من هذا كله أن يلجأ الوصي أو القيم ابتداءً إلى إجراءات القسمة القضائية^(٤).

وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية:

٤٧٨ = وبحسبان القسمة الاتفاقية عقداً، فإن وجوه الطعن فيها هي نفس وجوه

(١) نقض ١٢/٢١/١٩٤٤ (مجموعة عمر جـ/د/ رقم ١٧٧/ ص ٥٠٢).

(٢) أما بمجرد وضع يد الوارث على قدر مفرز من أرض مشتركة وفاته لا يمنعه من أن يطالب بتثبيت ملكيته لحصته الميراثية شائعة في هذه الأرض ولا من القضاء له بذلك ما دامت التركة لا تزال على الشروع، نقض ١٩٤٩/١/٦ (خلف ٥١ - ٢٥).

(٣) في هذا المعنى: السنهوري بند/ ٥٤١، محمد جمال الدين زكي بند/ ٩١.

(٤) مادة/ ٨٣٥ مدني مصري، والمادتان ٤٠، ٧٩ من قانون الولاية على المال. كما أخذت بنفس الحل المادة/ ١٨ من القانون رقم ٤ لسنة/ ١٩٧٤ (الكويتي) في شأن إدارة شئون القصر.

(٥) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقاً على المادة/ ٨٣١.

الطعن في سائر العقود.

فقد يطعن فيها بالبطلان المطلق، كما لو وقعت بين الورثة قبل وفاة المورث، فتكون تعاملا في تركة مستقبلية لا يجوز (م/١٦٩). وقد يطعن فيها بالإبطال لعب شاب رضا المتقاسم، كتدليس^(١) أو إكراه أو استغلال، أو حتى غلط في القيمة^(٢)، وإن كان في إمكان إبطال القسمة الاتفاقية للغبن طبقا للمادة/٨٣٢ كما سيحيي، ما يغني في كثير من الأحيان عن إبطالها لغلط في القيمة^(٣).

أما فيما يتعلق بأهلية المتقاسمين فبراعي ما سبق أن أشرنا إليه من عدم جواز إجراء القسمة اتفاقيا، أصلا، إذا كان بين الشركاء غير كامل الأهلية أو غائب أو مفقود، وإلا وقعت القسمة باطلة بطلانا مطلقا (ما لم يكن لغير كامل الأهلية ولي).

إمكان إبطال القسمة للغبن

إمكان إبطال القسمة الاتفاقية، للغبن، خروجاً على القواعد العامة :

٤٧٩ = نسارع إلى التنويه، في البداية، بأن الغبن المجرد، بمعنى عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة في عقود المعاوضات، لا ينهض، من حيث الأصل، سبباً للطعن في هذه العقود. وإذا وقع الغبن نتيجة لأحد عيوب الرضا (كالغلط في القيمة أو الإكراه أو الاستغلال... الخ) فإن الطعن في العقد لا يتأسس عندئذ على الغبن وإنما على العيب الذي سببه، الأمر الذي يقتضى توافر شروط هذا العيب، القانونية. والحكمة التي يتوخاها المشرع من تقرير قاعدة عدم الاعتداد بالغبن المجرد، واضحة، وهي كفالة استقرار المعاملات.

غير أن ثمة اعتبارات مهمة ومتنوعة، جعلت المشرع يُورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات، فيها يعتد بالغبن المجرد. ومن هذه ما نص عليه في المادة/٨٣٢ التي تنقضى بأنه :

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصري، نفص ١٩٤٩/١٢/١ (مجموعة أحكام النقض السنة/١ رقم/١٨ ص/٦٤).

(٢) كان يقدّر الشركاء قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها، إلى حد كبير، لوقوعهم في غلط في قيمته. عندئذ يجوز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قُدّرت بأكثر من قيمتها، أو للشركاء الآخرين إذا قُدّرت بأقل من قيمتها، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط، السهوري بند/٥٤٤.

(٣) في هذا المعنى، السهوري ص/٨٩٨ هامش/٤.

- ١ - للمتقاسم الحق في طلب إبطال القسمة التي تمت بالتراضي إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس، ويكون التقدير حسب قيم الأشياء وقت القسمة.
- ٢ - وتسقط دعوى الإبطال بمرور سنة من وقت القسمة.
- ٣ - وللمدعي عليه أن يمنع الإبطال إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من نصيبه^(١).

نطاق هذا الحكم ومبرره:

٤٨٠ - ويبين من هذا النص أن الطعن بإبطال القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية^(٢)، دون القسمة القضائية التي أحيطت بضمانات كفيلة بتحقيق المساواة بين المتقاسمين ومنع الغبن عنهم^(٣).

إنما ينطبق على كل قسمة اتفاقية: كلية كانت أم جزئية تقتصر على جزء من المال الشائع، وسواء كانت قسمة عينية (بمعدل أو بدون معدل) أم كانت قسمة تصفية^(٤)، وسواء كان المال الشائع موضوع القسمة منقولا أم عقارا.

٤٨١ - وبمعلل هذا الخروج الاستثنائي على القواعد العامة، بمبدأ المساواة الذي يسود بين المتقاسمين في حصول كل منهم على جزء مفرز من المال الشائع يساوي حصته. فالقسمة - على العكس من عقود المعاوضات الناقلة للملكية كالبيع - لا تقوم على أساس المضاربة^(٥)، وإنما هي تقتصر على تركيز ما كان للشريك من حق شائع في مجموع المال، في مال محدد، فهي لا تقول له حقاً لم يكن له من قبل وإنما تفرز فقط هذا الحق وتبين حدوده. فيجب، من ثم، أن تسفر عن تطابق تام بين النسبة الشائعة التي كانت للشريك وبين ما يؤول إليه بمقتضاها من مال مفرز^(٦)، وإلا حق له رفضها.

مقدار الغبن الذي يميز الإبطال، وكيفية تحديده:

٤٨٢ - والغبن الذي يميز للمتقاسم طلب إبطال القسمة توطئة لإجرائها من

(١) والمقصود به، هنا، قسمة الملك لا مجرد قسمة الانتفاع (قسمة المهايأة).

(٢) في هذا المعنى، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج/٦، ص/١٢٨.

(٣) والذي يندبه، في قسمة التصفية، إذا كان المشتري أجنبياً، ليس هو الغبن الذي يقع في بيع المال الشائع، وإنما هو الغبن «في قسمة الثمن بين الشركاء»، انظر السنيوري بند/٥٤٨.

(٤) (٥) قرب، اسماعيل غانم بند/ ٨٠.

جديد، هو الذي يجاوز الخمس .

٤٨٣ - ولمعرفة ما إذا كان قد وقع في القسمة غبن بهذه النسبة، تقدّر قيمة الحصة الشائعة لكل شريك، ثم تقدّر قيمة الجزء المفروز الذي آل إليه بمقتضى القسمة، فإن نقصت بأزيد من خمس قيمة تلك الحصة، أو في عبارة مساوية، إذا لم تصل قيمة هذا الجزء إلى أربعة أخماس قيمة تلك الحصة، كان للشريك طلب بإبطال القسمة .

والعبرة في التقدير بقيم الأشياء وقت القسمة، فتقدّر في هذا الوقت قيمة المال الشائع كله وقيمة نصيب كل من المتقاسمين.

دعوى الإبطال، وأثر الحكم به :

٤٨٤ - وترفع دعوى الإبطال من الشريك المغبون على سائر الشركاء، لأن موضوع الدعوى هو إبطال قسمة تمت باتفاقهم جميعا .

ويجب أن ترفع هذه الدعوى خلال مدة سنة على الأكثر من وقت القسمة وإلا سقط حق المغبون في رفعها حتى ولو كان لم يعلم في أثناءها بالغبن الذي لحق به^(١). وهذه المدة هي مدة سقوط لا تقبل الوقف ولا الانقطاع^(٢).

ويقع على المدعي - طبقا للقواعد العامة - عبء إثبات الغبن الذي لحق به . وهو يستطيع أن يقيم الدلائل عليه بجميع الطرق لتعلّق الأمر بإثبات واقعة مادية .

ومتى أقيم الدليل عليه، تعيّن على القاضي أن يحكم بإبطال القسمة، فليس له إزاء طلبه أية سلطة تقديرية .

٤٨٥ - فإذا حكم بالإبطال اعتبرت القسمة كأن لم تكن منذ أجريت، وتعود حالة الشبوح كما كانت من الأصل، فتسقط - تبعا لذلك - تصرفات الشركاء في الأجزاء المفروزة التي كانت آلت إليهم بمقتضى القسمة، ويعود المال الشائع خاليا من الحقوق التي ترتبت للغير على هذه الأجزاء طبقا للقواعد المقررة في شأن أثر إبطال العقد في

(١) في هذا المعنى: محمد جمال الدين زكي بند/٩٤، محمد لييب شنب بند/٢٩٣ .

(٢) بحيث يتعلق الأمر بإبطال يمكن التنازل عنه الإجازة طبقا للقواعد العامة، فإنه يمكن أن يستفاد تنازل المتقاسم من أي تصرف يدل ضمنيا على إجازته للقسمة . كان يتصرف - بعد علمه بالغبن الذي لحق به - في المال الذي آل إليه بمقتضى القسمة، تصرفا يدل على رضائه بما قسم له، كان يبيعه أو يهبه . . الخ. أو أن ينفذ باختياره، وبعد علمه بالغبن، عقد القسمة الذي غبن فيه، كان يدفع مثلا المعدل الذي التزم بدفعه أو يقبضه إن كان هو الدائن به، راجع في هذا المعنى . السنهوري بند/٥٤٦ .

التصرفات الصادرة للخير^(١) (٢)

إمكان تفادي إبطال القسمة :

٤٨٦ - إننا يمكن للمدعي عليه^(٣) الحيلولة دون إبطال القسمة بأن يكمل للمدعي المغبون ما نقص من نصيبه^(٤). فلا يكفي أن يرفع عنه ما زاد من الغبن عن الخمس، أي لا يكفي أن يكمل له ما يجعل ما حصل عليه يساوي أربعة أخماس قيمة حصته.

ويستطيع المدعي عليه تكملة ما نقص من نصيب المدعي في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو في الاستئناف. فيمتنع، بذلك، الحكم بإبطال القسمة. أما بعد صدور الحكم النهائي بالإبطال فلا يبقى إلا العمل على الاتفاق على القسمة من جديد أو رفع دعوى القسمة أمام القضاء^(٥).

(١) في هذا المعنى، السنهوري بند/ ٥٥٠، محمود جمال الدين زكي بند/ ٩٤.

(٢) أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد إبطال القسمة، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن.

(٣) أي بقية المتقاسمين.

(٤) وتعتبر المذكورة الإيضاحية هذه الرخصة المخولة للمدعي عليه، محض وتطبيق للقواعد العامة التي تقتضي عدم جواز التمسك بالإبطال على نحو يخالف حسن النية. انظر المذكورة الإيضاحية تعليقا على المادة/ ٨٣٢.

(٥) وفي الفقه المصري من يرى أن بإمكان المدعي عليه أن يمنع القسمة من جديد بأن يكمل حصة الشريك المغبون ولو بعد صدور حكم نهائي بإبطال القسمة، استنادا إلى عبارة نص المادة/ ٨٤٥ مدني مصري التي تجيز للمدعي عليه أن يمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينيا ما نقص من حصته. انظر مثلا السنهوري بند/ ٥٥١، محمد علي عرفة بند/ ٣٣٥، محمود جمال الدين زكي بند/ ٩٤، محمد لبيب شنب بند/ ٢٩٣.

وحيث لم تستخدم المادة/ ٨٣٢ مدني كويتي هذه العبارة، وإنما قالت أن للشريك وأن يمنع الإبطال... الخ النص وفإن هذا الرأي لا يجوز الأخذ به في القانون الكويتي.

المحور الثاني

القسمة القضائية

دعوى القسمة :

٤٨٧ = إذا لم يتمكن الشركاء من التوصل - بالإجماع - إلى اتفاق على قسمة المال الشائع على أي نحو، أو كان إجراء القسمة بالاتفاق غير جائز أصلاً حالة وجود غير كامل الأهلية (ولا ولي له) أو غائب أو مفقود بين الشركاء على ما سبق أن بيناه، فلا مناص عندئذ من اللجوء إلى القسمة القضائية.

وترفع دعوى القسمة أمام المحكمة الكلية (م/٨٣٣) أيا كانت قيمة المال أو الأموال المطلوب قسمتها. وقد راعى المشرع في ذلك اعتباراً عملياً بالدرجة الأولى. إذ قد تعرض - كما سنرى - منازعات في القسمة سواء من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم كالدائنين، بل وقد تعرض هذه المنازعات في شأن ملكية جزء أو أكثر من الأموال المطلوب تقسيمها، ومن شأن إناطة الاختصاص بدعوى القسمة لهذه المحكمة أن تحكم أيضاً في كافة هذه المنازعات أيا كانت قيمة المنازعة^(١).

والمدعي في هذه الدعوى هو - بداهة - الشريك الذي يريد الخروج من الشروع. والمدعي عليه فيها هم باقي الشركاء. فإذا أغفل المدعي رفع الدعوى على بعضهم، كان هؤلاء أن يتدخلوا فيها من تلقاء أنفسهم، كما يجوز للمحكمة - من تلقاء نفسها - أن تدخلهم فيها، وإلا فإن الحكم الصادر في دعوى القسمة لن يكون حجة عليهم^(٢).

٤٨٨ = وقد يحدث أن تنتهي دعوى القسمة - صلحاً - قبل صدور الحكم فيها، فلا يجوز بعدئذ معاودة طلب إجراء قسمة ذات الأعيان في دعوى تالية^(٣).

(١) وهناك اعتبار آخر كان في ذهن المشرع وقت وضع نص المادة/٨٣٣، وهو أن أحكام المحاكم الجزئية لم تكن - في ظل قانون المرافعات المعمول به إذ ذاك - تقبل الاستئناف. أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨٣٣.

(٢) إنياء، هذا البعض وحدهم هم الذين يستطيعون أن يتمسكوا بعدم نفاذ الحكم في مواجهتهم، فليس لن دخل في دعوى القسمة على أي وجه أن يرفع بعدم قبول الدعوى لعدم اختصاص جميع الشركاء فيها. في هذا المعنى: نقض ١٩٥٥/١١/٢٤ (للمجموعة ٦ - ٢٠٩ - ١٥٢٧).

(٣) وفي هذا المعنى، جاء في حكم المحكمة التمييز أنه: «عملاً بالمادة/٥٥٦ مدني فإن الصلح يحسم المنازعات

كيفية إجراء المحكمة للقسمة :

٤٨٩ - والقسمة القضائية قد تكون قسمة عينية ، أو قسمة بطريق التصفية :

أولا : القسمة العينية :

٤٩٠ - الأصل أن تكون القسمة عينية ، بأن تعين المحكمة لكل شريك جزءا مفرزا من المال الشائع مادام هذا يقبل القسمة عينا دون نقص كبير في قيمته (م/٨٣٣) . ولها أن تندب لفرز الأنصبة خيرا أو أكثر (م/٨٣٣) ، بل الغالب أنها تفعل ذلك .

أ - تكوين الأنصبة على أساس أصغر حصة (م/٨٣٤-١) :

٤٩١ - وفي سبيله لتكوين الأنصبة ، يبدأ الخبير بتقسيم المال الشائع أجزاء متساوية على أساس أصغر حصة ، ولو كانت القسمة جزئية ، تمهيدا لإجراء القسمة بين الشركاء . فإذا كانت أصغر حصة هي الثمن مثلا ، قسم المال إلى ثمانية أجزاء .

وهذه الطريقة وإن كان لها ميزة تفادي احتمال أي تحيز لشريك على حساب غيره إلا أنها لا تخلو من عيب ، فهي تؤدي إلى تفتيت نصيب الشريك صاحب الحصة الكبيرة فيحصل عليه على عدة أجزاء متفرقة . ففي المثال السابق يحصل صاحب النصف مثلا على نصيبه في أربع قطع كل منها منفصلة عن الأخرى . وقد يكون في مثل هذا التفتيت ضرر للشركاء .

ب - القسمة بطريق التجنيب (م/٨٣٤-٢)

٤٩٢ - وفيها تعين المحكمة لكل شريك جزءا مفرزا من المال أو الأموال الشائعة يعادل حصته .

ويوجب القانون اللجوء إلى هذه الطريقة : إذا تعذرت القسمة على أساس أصغر

التي يتناولها وترتب عليه انقضاء الادعاءات التي نزل عنها كل من المتعاقدين نزولا نهائيا فلا يجوز لأي منها بعد أن انقسم النزاع بالصلح أن يولد هذا النزاع ولا أن يمضي في الدعوى التي كانت مرفوعة بها حسمه الطرفان صلحا . لما كان ذلك . . . وكانت الدعوى قد أقيمت بين الطرفين بطلب قسمة أعيان التركة ، وأن النزاع بينهما قد انتهى صلحا ، فقد انقضت الخصومة بين الطرفين في الدعوى الراهنة بذلك الصلح بما لا يجوز معه السير فيها . تميز ١٩٨٦/٥/٧ في الطعن رقم ١٣٤ / ٨٥ (تجاري) (مجلة القضاء والقانون ١٤ (ع) - ٢٤٠٦٠٠) .

حصة ، أو اتفق الشركاء جميعا على ذلك . فالشركاء أنفسهم أصحاب الحق الأول في تقدير ما إذا كانت القسمة على أساس أصغر حصة ثم القرعة تفيدهم أم لا .

إحكام المساواة بين الحصص أو بين الأجزاء ، عن طريق المعدّل (م/ ٨٣٤-٣)

٤٩٣ - وقد يتعذر على الخير في بعض الأحيان - أن يقيم المساواة التامة بين الحصص في حالة التقسيم على أساس أصغر حصة ، أو بين الأجزاء في حالة القسمة بطريق التجنّب . فيجوز له ، حالئذ ، أن يكمل النصيب أو الأنصبة الناقصة بمبلغ من النقود يقال له المعدل (soulte) ، يدفعه من يحصل على نصيب أكبر من قيمة حصته .

الفصل في المنازعات :

٤٩٤ - وقد تنور منازعة في القسمة بعد أن يكون الخير كَوْن الأنصبة إما على أساس أصغر حصة أو بطريق التجنّب . وهذه المنازعات تنار عادة من قبل شريك ، كان يدعي مثلا بأن الحصص غير متساوية ، أو بأن الجزء الذي حدّده الخير له أقل من حقه ، أو بأن الجزء الذي حدده لغيره أكثر من حقه ، أو بأن المعدّل الذي حدده الخير أقل أو أكثر مما يلزم لتحقيق المساواة بين الحصص . . . وهكذا .

إنها يمكن أيضا لكل ذي مصلحة ، ولو لم يكن شريكا ، أن ينازع في تكوين الحصص ، كدائن الشريك مثلا . بل قد تنور المنازعات لا في القسمة ذاتها وإنما في غيرها وإن اتصلت بها ، كالمنازعة في ملكية جزء أو أجزاء من الأموال المطلوب تقسيمها .

عندئذ يكون على المحكمة أن تفصل في مثل هذه المنازعات أولا ، قبل أن تحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المقرز .

الحكم بالنصيب المقرز لكل شريك :

٤٩٥ - بعد الانتهاء من الفصل في المنازعات على النحو السابق بيانه ، تأتي المرحلة الأخيرة في دعوى القسمة ، وهي المرحلة التي نظمها المادة / ٨٣٥ حيث قضت بأن : «بعد الانتهاء من الفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الأنصبة والمنازعات الأخرى ، فإن كانت الأنصبة قد كوّنّت بطريقة التجنّب أصدرت المحكمة حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المقرز ، وإن كانت قد كوّنّت على أساس أصغر حصة تجري القسمة بالاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في المحضر وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المقرز .

ثانياً: القسمة بطريقة التصفية:

٤٩٦ - أشارت إلى هذه الطريقة المادة/٨٣٦ حين قضت بأنه:
« ١ - إذا كانت قسمة المال عينا غير ممكنة أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمته، حكمت المحكمة ببيعه بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون المرافعات.
٢ - ويجوز للمحكمة أن تأمر بقصر الزيادة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع، مالم يكن بينهم غير كامل الأهلية وليس له ولي أو كان بينهم من ثبتت غيبته أو فقده» .
٤٩٧ - فقد يتبين للمحكمة أن قسمة المال الشائع عينا غير ممكنة، كما لو كان سفينة أو سيارة، أو منزلاً معدداً لسكنى أسرة واحدة. . . الخ، أو يتبين لها أن قسمته عينا، على إمكانها، من شأنها أن تنقص من قيمته نقصاً كبيراً، كما لو كان قطعة أرض معدة للبناء ولو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيراً إلى حد ينقص من منفعتها فتقل قيمته، فتعدل المحكمة - وجوباً - عن القسمة العينية إلى القسمة بطريق التصفية، وذلك بأن تحكم بأن يباع المال الشائع بالمزاد العلني بالطريقة المبينة في قانون المرافعات للبيع الجبري .

٤٩٨ - والأصل أنه يجوز لأي شخص، سواء من الشركاء أو من غيرهم، أن يتقدم للمزايدة عند بيع المال الشائع حتى يمكن الحصول على أكبر ثمن ممكن. ولكن قد يرى الشركاء أنفسهم قصر المزايدة عليهم لاعتبارات يقدرونها، كأن يكون المال هو منزل الأسرة ويريدون أن يبقى في يد واحد منهم. ولما كانت المصلحة التي يمكن أن تنأثر بقصر المزايدة على الشركاء هي مصلحتهم فيكفي لحمايتهم أن يكون قصر المزايدة عليهم دون غيرهم بموافقتهم جميعاً.

لكن إذا كان بين الشركاء غائب أو مفقود أو غير كامل الأهلية وليس له ولي، فرعاية لمصلحته لا يجوز للمحكمة أن تأمر بقصر المزايدة على الشركاء حتى ولو طلبوا ذلك ووافق على الطلب من ينوب عن الغائب أو المفقود أو غير كامل الأهلية.

٤٩٩ - وحيث لدائني الشركاء - بدورهم - مصلحة في رسم المزاد بأعلى ثمن ممكن، يكون لهم، طبقاً للقواعد العامة، حق التدخل في دعوى القسمة حماية لمصالحهم ويمكنهم من خلال هذا التدخل أن يعترضوا على طلب الشركاء قصر المزايدة عليهم.

وللمحكمة سلطة التقدير، وقد ترى برغم إجماع الشركاء على طلب قصر المزايدة عليهم، أن ترفض طلبهم هذا إذا قدرت أن اعتراض الدائن أو الدائنين عليه مبني على اعتبارات مقبولة.

المحور الثالث

حماية دائني المتقاسمين

٥٠٠ - تخول القواعد العامة دائن المتقاسم حق التدخل في دعوى القسمة باعتباره صاحب مصلحة، فيتمكن - بذلك - من مراقبة سير إجراءات القسمة حتى لا تتم على نحو يضر بمصلحته: كأن ينازع في تكوين الأنصبة، أو يعترض على إجراء القسمة بطريقة التجنب مادام إجراءاتها بطريقة القرعة ممكناً، أو يعترض على طلب الشركاء قصر الزيادة عليهم. ويفترض التدخل - بداهة - أن لدى الدائن علماً بدعوى القسمة المرفوعة. وقد ترفع هذه، عملاً، دون أن يعلم بها فتفوت فرصة الدفاع عن مصلحته.

وفي القسمة الاتفاقية يمكن أن يتعرض الدائن لتواطؤ محتمل بين المتقاسمين إضراراً بحقوقه: كأن يتفق شريك مدين مع بقية شركائه على أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه ويكمل النصيب بنقود يقضها دون علم الدائن، أو على أن يختص بأموال يسهل إخفاؤها عن الدائن كالمجوهرات أو السندات لحاملها أو النقود.

٥٠١ - لذلك لم يكتف المشرع بالحماية التي تكفلها القواعد العامة لدائني المتقاسم، وإنما كفل لهم حماية خاصة بتمكينهم من تفادي إجراء القسمة في غيبتهم، نص عليها في المادة/ ٨٣٧ التي تقضي بأنه:

١- «يجب على الشركاء، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية، أو يدخلوا الدائنين المشهورة حقوقهم قبل رفع الدعوى أو قبل إبرام القسمة الاتفاقية، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم».

٢ - ولدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة القضائية في غيبتهم، وتكون المعارضة بإنذار رسمي يوجه إلى جميع الشركاء. ويجب على الشركاء إدخال من عارض من الدائنين في الدعوى وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم».

وبين من هذا النص أن المشرع قد فرق، في هذه الحماية الخاصة، بين الدائنين أصحاب الحقوق المشهورة من جهة، والدائنين العاديين من جهة أخرى.

٥٠٢ - أ - فبما يتعلق بالدائنين المشهورة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو إبرام

القسمة الاتفاقية، يجب على الشركاء إدخالهم في القسمة. فإذا حصل هذا الإدخال للدائن أن يعمل على تفادي المساس بحقه: فإذا كانت القسمة قضائية فالمحكمة هي التي تقدر ما يطلبه الدائن وتحكم في الدعوى بما تراه محققاً مصالح المتقاسمين وبمراعاة مصلحة الدائن. وإن كانت القسمة اتفاقية فقد يراعي المتقاسمون ما أبداه الدائن رعاية لحقه وتمت القسمة باتفاق كل ذوي الشأن بما في ذلك موافقة الدائن، فإن اختلفوا فلا مفر من اللجوء إلى القسمة القضائية. أما إذا لم يدخل المتقاسمون الدائن فلا تكون القسمة، قضائية كانت أم اتفاقية، نافذة في حقه.

٣٠٥ - ب - وفيما يتعلق بالدائنين العاديين، يكون لهم إن شاءوا أن يعارضوا في أن تتم القسمة (القضائية) في غيبتهم. فإذا تمت المعارضة وجب على الشركاء إدخال من عارض في القسمة، ولا كانت غير نافذة في حقه. فيما يعني أن حماية هذه الفئة من الدائنين تبدأ بمبادرة عليهم هم أنفسهم أن يتخذوها، متمثلة في المعارضة، فيترتب على هذه المبادرة وجوب إدخال من اتخذها، في القسمة^(١).

وحسباً لما قد يثور من منازعة فيما إذا كان الدائن عارض أم لا، أوجب المشرع أن تكون المعارضة بإنداء رسمي.

وتوجه المعارضة إلى جميع الشركاء، فإذا وجهت لبعضهم دون البعض الآخر، ولم يدخل المتقاسمون^(٢) الدائن الذي عارض، تكون القسمة نافذة في حقه مادام أنه لم يكن قد وجه المعارضة للجميع، فلا يصح أن يقال أن القسمة تنفذ بالنسبة للبعض^(٣) دون البعض الآخر^(٤)، لأن القسمة لا تقبل التجزئة^(٥).

وواضح من عبارة نص الفقرة ٢/ من المادة ٨٣٧ سالفه الذكر أن المشرع يقصر المعارضة التي يتكلم عنها وما يترتب عليها من إلزام المتقاسمين بإدخال من عارض، على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية^(٦). وقيل في تبرير ذلك، أنه حتى مع التسليم بأن الدائن في حاجة إلى حماية من القسمة الاتفاقية لا تقل عن حاجته إلى الحماية من

(١) وقيل في تبرير ذلك أنه: «لا يتصور إلزام المتقاسمين ابتداءً وبحكم القانون أن يدخلوا الدائن لأنه غير معلوم لهم» انظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على الفقرة الثانية من المادة ٨٣٧.

(٢) حتى ولا للذين وجهت إليهم المعارضة.

(٣) أي الذين لم تتم المعارضة في مواجهتهم.

(٤) أي الذين تمت المعارضة في مواجهتهم.

(٥) انظر للمذكرة الإيضاحية، الموضع السابق.

(٦) ويغفم هذا أيضاً من ظاهر نص المادة ٨٤٢ مدني مصري.

القسمة القضائية بل قد تكون حاجته الأولى أكبر لخلو القسمة الاتفاقية من ضمانات القسمة القضائية^(١) إلا أن إعطاء الدائن العادي حق التدخل في القسمة الاتفاقية وأمر غير مقبول إذ يؤدي إلى تمكين الدائن الذي لم يتعلق حقه بذات المال أو الأموال المراد قسمتها، من التحكم الذي لا حد له، وينتهي الأمر إلى أن يكون في قدرة أي دائن لأي شريك أن يجبر الشركاء جميعاً على العدول عن القسمة الاتفاقية والالتجاء إلى القضاء، وفي هذا خروج على مبدأ حرية التعاقد لأمير له . فإذا كان الشريك يستطيع أن يتصرف في حقه بسائر التصرفات كالبيع والهبة . . . الخ دون موافقة دائنيه، فلا مبرر لإلزام الدائن في القسمة بالذات . ولهذا يكتفي في حماية الدائن العادي من القسمة الاتفاقية، بالقواعد العامة التي تميز للدائن الطعن في تصرفات مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرف^(٢).

(١) يقول بهذه الحجج لد الحكم إلى القسمة الاتفاقية أيضاً، رغم ظاهر النص: السنيوي بند/٥٦٣، الصبد بند/١٩٣، وانظر، في قصر الحكم على القسمة القضائية إعمالاً لعبارة النص: محمد كامل مرسي ج/٢ بند/١٢٣، محمد علي عرفه بند/٣٣٠ عبد الفتاح عبد الباقي بند/١٥٤، البدرلوي بند/١٥٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية، الموضع السابق.

المحور الرابع

آثار القسمة

تمديد:

ترتب القسمة العينية^(١) أثرين جوهرين^(٢) هما: إفراز نصيب كل شريك في المال الشائع، وضمان المتقاسمين، بعضهم لبعض، ما قد يقع لأي منهم - في نصيبه المفروز - من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، وضمان المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله. ونفصل فيما يلي هذين الأثرين كل على حدة.

أولاً: الافراز

المقصود به:

٥٠٤ - يترتب على قسمة المال الشائع إفراز جزء من هذا المال لكل شريك يستقل به^(٣) وينحصر حقه فيه. وقد أشارت لهذا الأثر المادة/ ٨٣٨ حين قضت بأن: «يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المفروز الذي اختص به في القسمة...».

(١) أما القسمة بطريق التصفية فلأنها إذا ما تمت - وهي تتم بتوزيع الثمن الناتج من بيع المال الشائع على المتقاسمين كل بنسبة حصته - استنفدت بذلك كل آثارها، ونقضت العلاقة بين المتقاسمين والأجنبي الذي رما عليه المزا، لأحكام عقد البيع من حيث الالتزام بالتسليم والضمان ويدلغ الثمن (أما إن كان الراسمي عليه المزا هو أحد الشركاء فإن رمو المزا يعتبر قسمة بالنسبة لجميع الشركاء).

(٢) وإلى جانب هذين الأثرين قد ترتب على القسمة آثار أخرى ثانوية، كالالتزام بدفع المعدل، وتنفيذه ينفذ للفوائد العامة في الوفاء.

كذلك، وضمانا لحق كل متقاسم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرّر له فيها من معدل، بقر القانون لكل متقاسم حق امتياز على الثقل المتقسم أو على جميع الحصص المفروزة من المقار المتقسم التي وقعت في نصيب باقي الشركاء (م/ ١٠٧٩، ١٠٨٢). ومعالجة هذا الامتياز لا تكون، عادة، في المؤلفات الخاصة بالملكية وإنما في المؤلفات الخاصة بالتأمينات العينية.

(٣) ومن ثم يملكه ملكية مفروزة.

وتختلف طرائق الإفراز، عملاء، باختلاف طبيعة المال الشائع الذي خضع للقسمة العينية^(١).

ويتحقق الإفراز بمجرد تمام القسمة، دون حاجة إلى أي إجراء آخر، سواء كان المال الشائع منقولاً أو عقاراً.

حماية كل شريك، في النصيب الذي اختص به، من تصرفات غيره أثناء فترة الشروع:

٥٠٥ = وللوصول إلى حماية كل شريك من تصرفات غيره من الشركاء التي تمت أثناء فترة الشروع بالنسبة للنصيب الذي اختص به بالقسمة، تأخذ بعض التشريعات المقارنة، ومنها القانون المصري، بفكرة الأثر الرجعي للقسمة. وهي حيلة قانونية مضمونها اعتبار كل متقاسم أنه كان يملك وحده النصيب الذي آل إليه بالقسمة منذ أن تمّلك في الشروع، وأنه لم يكن يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص^(٢)، وذلك توصلاً إلى اعتبار التصرفات التي تمت من غيره صادرة من غير مالك، وبالتالي لا أثر لها بالنسبة للمتقاسم، فتخلص له ملكية النصيب الذي اختص به، خالية من كل أثر لتصرفات غيره من الشركاء. وهو أمر جوهري، من شأنه أن يؤدي إلى استقرار القسمة «إذ بدون ذلك، سيقوم الشريك، الذي اختصّ بنصيب محمّل بحقوق الغير، بالرجوع على غيره من الشركاء طالباً تعويضه أو نقض القسمة وإجراء قسمة جديدة»^(٣).

٥٠٦ = وواضح أن هذه الحيلة تخالف الحقيقة مخالفة مؤكدة. ذلك أن كل متقاسم كان يملك قبل القسمة فيما وقع في نصيب غيره، وأن غيره كانوا يملكون فيما وقع في نصيبه. والأخذ بفكرة الأثر الرجعي للقسمة على إطلاقها يؤدي إلى نتائج ليست فقط

(١) راجع في أمثلة هذه الطرائق، محمد ليب شنب بند/٣٠٣.

(٢) فنص المادة/٨٤٣ مدني مصري على أنه: «يعتبر للمتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تمّلك في الشروع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص». أنظر من تطبيقات القضاء المصري لهذا النص: نقض ١٩٦٥/١١/٢٥ (خلف ٢٨-٢٢)، نقض ١٩٨٥/١٢/١٢ (خلف ٣٥-٨٤)، نقض ١٩٨٧/١٢/٢٣ (خلف ٣٦-٨٦).

(٣) محمد ليب شنب بند/٣٠٥.

غير مقبولة^(١) وإنما تتجاوز الغرض المقصود منها^(٢) وهو، على ما ذكرناه، حماية كل شريك من تصرفات غيره من الشركاء التي تمت أثناء فترة الشيوع.

لذلك، أثر المشرع أن يواجه مسألة حماية المتقاسم هذه مواجهة مباشرة، بدلا من الالتجاء إلى التحايل، ويقرر الحكم المناسب لها. وهذا ما فعله بالمادتين ٨٣٨، ٨٣٩.

٥٠٧ - فالمادة/٨٣٨، بعد إذ قررت الأثر الجوهري للقسمة وهو الإفراز، أضافت أن ملكية المتقاسم للنصيب المفروز الذي اختص به في القسمة تكون «خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء، مالم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبيتهم وفقا للقانون».

ومقتضى هذا النص أنه إذا كان هناك حق، كانتفاع أورهن، ترتب أثناء الشيوع، على جزء مفروز، لا من الشركاء جميعا ولا من أغليبيتهم التي يحددها القانون وإنما من قبل أحدهم (أو أقليتهم)، ووقع الجزء الذي ترتب عليه هذا الحق، على أثر القسمة، في نصيب متقاسم آخر، فإن هذا المتقاسم يتلقى هذا الجزء خاليا من هذا الحق الذي لا يكون نافذا في مواجهته. ولا يكون أمام من ترتب الحق لمصلحته (المنتفع أو المرتهن) إلا الرجوع على الشريك الذي رتبته معه طبقا للقواعد العامة. أما إن كان هذا الحق ترتب

(١) منها، مثلا:

- أن كل شريك يستحق ثلث النصيب الذي اختص به في القسمة ويحمل تكاليفه، في الفترة التي سبقت القسمة، أي أثناء حاله الشيوع.

- أن يعتد في تقويم الأنصبة عند القسمة بقيمة الأموال وقت بدء الشيوع لا وقت القسمة.

- أنه إذا صدر قانون جديد أثناء حالة الشيوع يغير من القواعد المنظمة للقسمة فإن هذا القانون لا ينطبق، على أساس أن القسمة تفرز لكل متقاسم حقه من وقت بدء الشيوع، أي من وقت سابق على صدور القانون الجديد.

(٢) لذلك، فإن الفقه، في التشريعات التي أخذت بهذه الفكرة، يقولون بوجوب قصر تطبيق النص الذي يفرها على الحالات التي تتحقق فيها المحكمة من وضعه دون ما عداها. أنظر الفقه الفرنسي والمصري المشار إليه في محمود جمال الدين زكي بند/١٠٠ هامش/٣٤.

وقد جاء في حكم نقض (مصري) ١٩٦٥/١١/٢٥ سابق الإشارة إليه ما نصه: «التيار الذي نتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع، من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم، وإجراء القسمة بعد ذلك لا يعمل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثأر الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة. ولا يقدر في ذلك ما قضت به المادة/٨٤٣ من القانون المدني من اعتبار للمتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع. ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفروز الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق. ويجب قصر أعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعادها في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة».

بإجماع الشركاء أو بواسطة أغليتهم التي يحددها القانون، فإنه يكون نافذاً في حق أي متقاسم يختص - بمقتضى القسمة - بالجزء المفرز الذي ترتب عليه. ولذلك فإنه يتعين على المتقاسمين أن يُدخلوا وجود هذا الحق في اعتبارهم عند القسمة^(١).

٥٠٨ - أما المادة / ٨٣٩ فقضت بأنه: «إذا كانت حصة الشريك، قبل القسمة، مثقلة بحق عيني، ترتب على القسمة أن يثقل هذا الحق نصيب الشريك المفرز أو جزءاً مما وقع في هذا النصيب يعادل قيمة الحصة التي كانت مثقلة بالحق، وتعين المحكمة هذا الجزء عند عدم اتفاق ذوي الشأن».

ومقتضى هذا النص أن الحق الذي رتبته أحد الشركاء، كالرهن مثلاً، على حصته الشائعة، ينتقل بعد القسمة إلى النصيب المفرز الذي اختص به بموجب القسمة ويتركز فيه، فيتلقى المتقاسمون الآخرون أنصبتهم المفرزة خالية من هذا الحق. فإن كان رتبه على حصته الشائعة في واحدة من الأعيان الشائعة المتعددة، ووقعت هذه العين في نصيب متقاسم آخر، فإن هذا الأخير يتلقى هذه العين خالية من هذا الحق، الذي ينتقل إلى العين التي آلت بمقتضى القسمة للشريك الذي رتبته، لتتفكك في حدود ما يعادل الحصة الشائعة التي كانت مرهونة في الأصل، وقد سبق بيان ذلك^(٢).

ثانياً: ضمان التعرض والاستحقاق

تمهيد:

إلى جانب الإفراز يترتب على القسمة ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ماقد يقع لأي منهم - في نصيبه المفرز - من تعرض أو استحقاق لسبب سابق عليها (م/ ٨٤٠)، وضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله (م/ ٨٤١).

ونعالج فيما يلي كلا الفرضين من الضمان على استقلال، اتباعاً لخطة المشرع، على أن يلاحظ في البداية:

أولاً: أنه إذا انفرد فريق من الشركاء باقتسام المال الشائع كله فيما بينهم، متجاهلين

(١) ولزيد من الوضوح في فهم حماية المتقاسم من آثار تصرفات شركائه في أثناء فترة الشروع، المقررة بالمادتين ٨٣٨، ٨٣٩، راجع أحكام التصرف في المال الشائع، في الفروض المختلفة لهذا التصرف، سابقا البند من ٤٢٨ - ٤٤٧.

على هذا النحو نصيب شريك آخر (أو أكثر) فإن المسألة في هذه الحالة لا تكون مسألة ضمان يلتزم به المتقاسمون نحو الشريك الذي أغفل نصيبه، وإنما تكون القسمة حينئذ باطلة بطلاناً مطلقاً لأنها لم تتم بين جميع الشركاء.

ثانياً: أنه إذا تعرض أحد الأغيار للمتقاسمين مدعياً ملكيته للمقسم كله ونجح في إثبات ما يدعيه فحكم له باستحقاق المقسوم، فإنه بمقتضى القواعد العامة تعتبر القسمة باطلة أيضاً ولا أثر لها لوقوعها على مال غير مملوك للمتقاسمين. ولذلك لم يعرض المشرع لهذا الفرض من فروض الاستحقاق مكتفياً في شأنه بحكم القواعد العامة.

أ - التعرض والاستحقاق

لسبب سابق على القسمة^(١)

التزام المتقاسمين بالضمان، وحكمته:

٥٠٩ - نصت على حق كل متقاسم في الرجوع على بقية المتقاسمين بضمان التعرض والاستحقاق، المادة/ ١٨٤٠ - حين قضت بأنه: «يضمن كل متقاسم للآخر ما يقع في النصيب الذي اختص به من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة»^(٢).

وواضح من هذا النص أن الاستحقاق الذي يقصده المشرع هو استحقاق ما وقع في نصيب الشريك مدعي الضمان. فهنا لا نكون بصدد بطلان قسمة، إذ القسمة لا تبطل لمجرد أن المتقاسمين أدخلوا فيها ما ليس لهم، وإنما نكون بصدد التزام بالضمان تجاه من استحق نصيبه من المتقاسمين.

والتعرض هو مقدمة هذا الاستحقاق. والالتزام بدفعه عن الشريك الذي وقع له

(١) أنظر من تطبيقات القضاء، نفوس مصري ٢٦/٤/١٩٦٣ (أنور طلبة ص/١٢٤).

(٢) والذي يؤخذ من هذا النص (ومن مقابله في القانون المصري وهو المادة/ ٨٤٤) أن التعرض والاستحقاق إنما يقعان من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم. وهذا ما عارض له هذا النص. أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين فإنه يجب تطبيق القواعد العامة.

هو محل الالتزام الأصلي للمتقاسمين^(١). فإن نجحوا في الوفاء به، لن يكون استحقاق، أما إن أخفقوا أو امتنعوا عن الوفاء به ففضي للمتعرض بما يدعيه^(٢) رجع الشريك عليهم بالضمان، وهذا هو ضمان الاستحقاق^(٣).

٥١٠ - ويتأسس هذا الضمان على فكرة المساواة التي يجب أن تتحقق بين المتقاسمين، إذ ليس من العدل إذا ما ظهر - بعد القسمة - أن بعض الأموال الشائعة لم تكن ملكاً للشركاء^(٤)، أن يتحمل الشريك الذي وقعت مصادفة في نصيبه، نتيجة هذا الاعتقاد الخاطيء، بل يجب توزيع هذه النتيجة على جميع الشركاء^(٥).

وإذا كان وجوب تحقيق المساواة بين المتقاسمين قد حدا بالمشرع إلى تقرير جواز إبطال القسمة للغبين «نتيجة لغلط في تقدير قيمة الحصص كان يمكن للمتقاسم (الغبين) أن يتجنبه»^(٦) فتقرير حق الرجوع بالضمان إذا استحق نصيب المتقاسم يكون - لغرض تحقيق هذه المساواة - أكثر لزوماً، لأن المتقاسم ما كان يمكنه تجنب هذا الاستحقاق^{(٧)(٨)}.

شروط الرجوع بالضمان:

٥١١ - ويشترط لرجوع المتقاسم على المتقاسمين الآخرين بضمان ما وقع له من تعرض من جانب الغير في النصيب الذي اختص به بموجب القسمة، أو استحقاق الغير هذا النصيب.

١ - أن يكون التعرض قانونياً:

بمعنى أن يكون مستنداً إلى حق يدعيه المتعرض، على ما وقع في نصيب المتقاسم:

(١) وبدهي فإن كل متقاسم ملتزم أصلاً في مواجهة بقية المتقاسمين بدم التعرض الشخصي لهم فيما آل إليهم بمقتضى القسمة من أنصبة، ولا كان عليه ضمان تعرضه وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتقليده (م/ ١٩٥، م/ ١٩٧).

(٢) بما يعني أن ضمان الاستحقاق هو - كما يقول البعض - «التزام جزائي لا ينشأ إلا إذا حصل إخلال بالالتزام الأصلي وهو ضمان التعرض». انظر محمد ليب شنتب بند/ ٣١٠.

(٣) ومن ثم انتزع هذا من المتقاسم كل أو بعض المال الذي كان اختص به في القسمة.

(٤) ومن ثم استحدثت للغير (المتعرض).

(٥) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي بند/ ١٠٥.

(٦) (٧) في هذا المعنى، محمود جمال الدين زكي بند/ ١٠٥.

(٨) أما إذا ظهر، بعد القسمة عيب خفي في نصيب أحد المتقاسمين، فيكفي لحماية من وقع في نصيبه هذا العيب قاعدة إبطال القسمة للغبين، لأن العيب ينتقص قيمة نصيبه. ولذلك لم ير المشرع عملاً لرجوع هذا المتقاسم على بقية المتقاسمين بضمان العيب.

ملكية كان هذا الحق، أو حقا عينيا آخر كانتفاد أو ارتفاق، أو حتى حقا شخصيا^(١) كالإيجار^(٢). أما مجرد التعرض المادي للمتقاسم، في حيازته للنصيب الذي اختص به، فلا يكون محلا لضمان المتقاسمين الآخرين^(٣)، وعلى المتقاسم الذي وقع له مثل هذا التعرض أن يلجأ للسلطة العامة لدفعه عنه.

٢ - أن يكون التعرض وقع فعلا:

فلا يكفي للرجوع بالضمان أن يعلم المتقاسم بوجود حق للغير يتعلق بالنصيب الذي اختص به قد يقع التعرض له، فيه، بسببه. وإن كان يجوز له - عندئذ - أن يمنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة، كالمعدل أو الثمن الذي رسا به المزداد، إلى أن يزول الخطر^(٤)، قياسا على حق المشتري في حبس الثمن حتى يزول خطر استحقاق المبيع

(١) نالدا - بالفرض - في مواجهة المتقاسم.

(٢) كان يدهي التعرض أنه مستأجر للعين التي وقعت في نصيب المتقاسم، من مورث المتقاسمين.

(٣) على أن يلاحظ أن التعرض المادي الصادر من مقاسم لأي مقاسم آخر، يكون محلا للضمان طبقا للقواعد العامة. فإذا كان في الأموال الشائعة متجر، على سبيل المثال، وقع مقرزا في نصيب أحد المتقاسمين، لم يجز للمقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذي وقع في نصيبه المتجر، فيقيم متجرا آخر بنفسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول، وإلا وجب عليه الضمان. وهذا هو ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه (المادتان: ١٩٥، ١٩٧). أنظر في هذا المعنى: السنهوري بند/ ٥٨٨.

أما مدى التزام المتقاسم بعدم التعرض للمقاسم آخر تعرضا قانونيا، أي مبنا على ادعاء حق من الحقوق على ما وقع في نصيب هذا الأخير (كان يدهي التعرض أن العين التي وقعت في نصيب المتقاسم الآخر هي ملك خاص له ولم تكن تدخل في الشيوع وبالتالي ما كان يجب أن تشملها القسمة) لمحل خلاف:

فالبعض يرى أن المقاسم لا يلتزم بالامتناع عن المطالبة بما قد يكون له من حقوق خاصة على الأشياء المقسومة ومن ثم يجوز - في المثال السابق - للمقاسم مالك العين أن يرفع دعوى استحقاقها على المتقاسم الآخر الذي وقعت في نصيبه، ولا تعترضه حائلة قاعدة أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض لأنه لم يكن ملزما في هذا الحالة بضمان أصلا. فهو لم ينقل - بالقسمة - للمقاسم - الآخر ما كان له من حق على هذه العين حتى يقال بأنه ضامن لهذا الانتقال. إما أن يكون للمقاسم الذي استحققت منه العين: إما أن يطلب إبطال القسمة للعين إذا توافرت شروطه أو أن يرجع بضمان استحقاق هذه العين على المتقاسمين. من هذا الرأي: السنهوري بند/ ٥٨٨؛ أساعيل خاتم بند/ ١٣٥.

أما البعض الآخر فيرى أن المقاسم، كالبائع، يلتزم بعدم التعرض القانوني لأي من المتقاسمين. فلا يجوز له أن يطالب غيره بحق على شيء، مما وقع في نصيب هذا الأخير، لأن هذه المطالبة تتعارض مع القسمة. ويكون للمقاسم الذي يريد استرداد ملكه أن يطلب إبطال القسمة للخلط إذا توافرت شروطه، فإن قضى بذلك استرد ملكه وتعين إجراء قسمة جديدة. من هذا الرأي: منصور مصطفى منصور ص/ ٢٣٠، والفقه الفرنسي المشار إليه في السنهوري ص/ ٩٧٤ هامش/ ١.

(٤) في هذا المعنى أيضا: محمود جمال الدين زكي بند/ ١٠٥.

٣ - ألا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم :

وعلى هذا الشرط - رغم بداهته - صريح المادة/٨٤٢ التي تقضى بأنه : «لا يكون للضمان محل إذا . . . كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه» . ومن أمثلة ذلك ، أن يقر المتقاسم لدعي الاستحقاق بحقه ثم يتبين بعد ذلك عدم وجود حق له . أو لا يدخل بقية المتقاسمين في دعوى الاستحقاق مفضلاً المضي فيها وحده ولكنه يحمل الدفاع فيها فيقضى للمدعي بطلبه ثم يثبت بقية المتقاسمين عدم صحة الدعوى .

٤ - ألا تتضمن القسمة اتفاقاً صريحاً على الإعفاء من الضمان :

فلا يكون - طبقاً لنص المادة/٨٤٢ - للضمان محل إذا وجد اتفاق صريح على الإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها . ويبين من هذا النص أن جواز الاستبعاد الاتفاقي للضمان مشروط بشرطين : أن يكون الاتفاق صريحاً فلا يكفي أن يكون ضمناً^(١) وأن يكون خاصاً بسبب معين من أسباب الاستحقاق المذكور في هذا الاتفاق ويقتصر الإعفاء عليه^(٢) ، فلا يكفي شرط الإعفاء العام من الضمان . وقد استهدف المشرع بهذه القيود التي لم يفرضها على الإعفاء من الضمان في البيع ، كفاءة المساواة بين المتقاسمين بقدر الإمكان ، من حيث أن القسمة - على النقيض من البيع - ليست عقد مضاربة .

آثار الضمان :

٥١٢ - فإذا لم ينجح المتقاسمون في دفع التعرض ، فاستحق نصيب المتقاسم كله أو بعضه ، كان لهذا الأخير ، طبقاً للمادة/٢٠٨٤٠ «أن يطلب فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة إذا كان ذلك ممكناً دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير ، فإن لم يطلب الفسخ أو تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين

(١) من باب أولى لا يكفي إسقاط الضمان أن يكون المتقاسم حل علم بالسبب الذي قد يؤدي إلى الاستحقاق . أنظر في هذا المعنى : الصلح بند/١٥٤ .

(٢) في هذا المعنى : عمود جمال الدين زكي بند/١٠٦ وأنظر من تطبيقات القضاء المصري للنص المقابل والذي يجري على نفس القيد (م/٢٠٨٤٤) : نقض ١/٤/١٩٧٥ (طلبه ص/١٢٤) ، وإن كانت المحكمة قد استدركت على إسقاط الضمان بالاتفاق ، حالة ما لو ترتب وعلى سقوط الضمان غبن للشريك وهو استدراك غير مفهوم في الحقيقة .

الأخرين بمقدار ما نقص من نصيبه على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعا وقت الاستحقاق. ويكون كل متقاسم ملزما بنسبة حصته، فإذا كان أحدهم معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين».

وبين من هذا النص كيف حرص المشرع على تفادي كل ما يترتب على الاستحقاق من إخلال بالمساواة بين المتقاسمين:

فقد أعطى أولاً لمن استحق نصيبه، الحق في طلب الفسخ وإجراء قسمة جديدة طالما كان ذلك ممكناً دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير^(١).

أما إن لم يكن ممكناً، كما لو كان المتقاسمون، كلهم أو بعضهم، قد أجروا، في ما اختصوا به من أنصبة، تعديلات أو تحسينات، أو كان مستحق الضمان لم يطلب الفسخ، فجعل له الحق في التعويض. وهنا أيضاً قرر - حرصاً منه على الحيولة دون الإخلال بما تهدف إليه القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين - أن يكون التعويض، لا على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعا وقت القسمة (كما تقضى بذلك معظم القوانين العربية ومنها القانون المصري) وإنما بقيمة هذه الأموال وقت الاستحقاق^(٢).

ويوزع هذا التعويض، محسوباً على هذا النحو، على جميع المتقاسمين كل بنسبة

(١) ولم يقرر المشرع المصري (في النص المقابل وهو نص المادة/ ١٨٤٤ - هذا الخيار لاستحق الضمان، وإثبات حقه في الرجوع بالتعويض.

(٢) وهكذا سؤى المشرع في الحكم بين ضمان الاستحقاق في القسمة وضمان الاستحقاق في البيع. وقيل في تمييز ذلك، أن التفرقة بينهما في الحكم لا تقوم، في القوانين التي تقول بها، على مبرر كاف. فهي تستند، في هذه القوانين، على أساس من أن المشتري إذ يتعين أن يحصل بمقتضى الضمان على قيمة الشيء الذي استحق منه مقدرة وقت الاستحقاق (سواء زادت أو نقصت عنها مقدرة وقت البيع) فلأن البيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري لاحتال الربح والخسارة، فيما أن القسمة ليست عقد مضاربة وإثبات تراعي فيها المساواة بين المتقاسمين، ولذلك تكون المعبرة عند تقدير ما يرجع به مستحق الضمان بقيمة الشيء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق. بيد أن «كون القسمة ليست عقد مضاربة وإثبات تراعي فيها المساواة بين المتقاسمين لا يستتبع أن تكون المعبرة، عند النظر في التعويض عن الاستحقاق، بقيمة ما نقص من نصيب مستحق الضمان وقت القسمة. ذلك أن المساواة التي ينبغي أن تحققها القسمة هي المساواة وقت القسمة، أما بعد تمام القسمة فقد تتغير قيم الأشياء التي أخص بها المتقاسمون كلها أو بعضها دون البعض، وليس من العدل أن تتغير قيم الأشياء المقسومة بعد القسمة ثم يبقى لكل متقاسم نصيبه بقيمته الحالية التي يجتمل أن تكون قد زادت أو نقصت ثم نمرض مستحق الضمان بالقيمة وقت القسمة. فإذا افترضنا أن الأسعار قد ارتفعت بوجه عام فيضار المتقاسم الذي استحق نصيبه، إذ يعرض على أساس قيمة الشيء قبل ارتفاع الأسعار ويحتفظ الآخرون بأنصبتهم بقيمتها المرتفعة، والعكس هو صحيح إذا انخفضت الأسعار بوجه عام». انظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المواد ٨٤٠، ٨٤١.

حصته. ويتحمل المتقاسم الذي تعرض للاستحقاق، بنسبة حصته، نصيبه في هذا التعويض، وهو ما يعني - كما تصوّر المذكرة الإيضاحية - «القيام بها يشبه ما يحدث لو كنا بصلد إجراء قسمة جديدة، فتقوم الأموال المقسومة جميعا، بعد استبعاد ما استحق، ويحدد على ضوء ذلك قيمة ما يخص الشريك الذي استحق نصيبه، ويعوض هذه القيمة إن كان نصيبه كله قد استحق أو بما يكمل ما بقي معه بعد الاستحقاق إن كان بعض نصيبه هو الذي استحق»^(١).

فإن كان أحد المتقاسمين معسرا، وزّع القدر (من التعويض) الذي يلزمه، على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

ب - التعرض والاستحقاق لسبب لاحق على القسمة

الضمان (الملتزم به، وحكمته، وأحكامه):

٥١٣ - كذلك تقرّر المادة/ ٨٤١ للمتقاسم الذي وقع له، في النصيب الذي اختص به، تعرض أو استحقاق لسبب لاحق على القسمة، أن يرجع بضمانه على المتقاسم الذي يرجع إلى فعله منشأ سبب هذا الاستحقاق^(٢).

وينأسس الحق في الضمان على القواعد العامة، فالفرض في الحالة التي نحن بصدددها، أن الاستحقاق الذي تعرض له المتقاسم يرجع بسببه إلى فعل أحد المتقاسمين، فيتعين أن يتحمل هذا الأخير تبعته، وأن ينحصر تحملها فيه.

وحكم المادة/ ٨٤١ مستحدث لا نظير له في التشريعات العربية المقارنة ومنها القانون المصري. وربما كان السبب في عدم نص هذه التشريعات على مثل هذا الحكم تصوّر واضعها أن حالة الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة غير ممكنة، والواقع أنها ممكنة. فإذا فرضنا أن أحد المتقاسمين، بعد القسمة التي لم تسجل، قد باع إلى الغير حصة شائعة في عقار اختص به غيره من المتقاسمين تساوي ما كان للبايع في هذا العقار قبل القسمة، ثم سجل المشتري عقد البيع، فتنقل إليه ملكية تلك الحصة الشائعة. فإذا ما طالب بحقه فيعتبر هذا تعرضا للمتقاسم الذي اختص بالعقار في القسمة.

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية تعلقا على المادة/ ٨٤٠.

(٢) فهي تقضي بأنه: «يضمن للمتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله، ويلتزم بتعويض مستحق الضمان عما نقص من نصيبه مقدرا وقت الاستحقاق، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

فإذا تحقق الضمان على البحث، رجع مستحقه بالتعويض عما نقص من نصيبه . وهو يرجع به على المتقاسم الذي يرجع إلى فعله منشأ سبب الاستحقاق دون غيره من المتقاسمين .

ولما كنا في هذا الفرض بصدد ضمان عدم التعرض الشخصي، فكل اتفاق على الإعفاء من هذا الضمان، أو على الحد منه، يقع باطلا .

المبحث الثاني الشيوع الإجباري

L'indivision forcée

المطلب الأول

في الشيوع الإجباري بوجه عام^(١)

في التعريف بالشيوع الإجباري، وطبيعته القانونية :

٥١٤ - يقصد بالشيوع الإجباري، ذلك الشيوع الذي لا يجوز فيه لأي شريك أن يطلب القسمة .

ويستفاد هذا النوع من الشيوع، أصلا، كليا «تبن من الغرض الذي أعد له المال الشائع أنه يجب أن يبقى شائعا (م/٨٤٧)^(٢)، كما هو الحال - مثلا - في مدافن الأسرة وصورها ووثائقها، وفي الطرق والآبار والمساقط والمصارف المخصصة لخدمة عقارات مملوكة ملكية مفرزة لعدة ملاك. وتعبيرا عن هذا المعنى قضت المادة/٨٤٧ بأنه : «إذا تبين من الغرض الذي أعد له المال الشائع أنه يجب أن يبقى شائعا فليس للشريك أن يطلب قسمته . . . »

وقد ينص القانون نفسه على عدم جواز قسمة مال معين بين عدة مالكين له، فينشئ بذلك شيوعا إجباريا بينهم في خصوص هذا المال . ومن أبرز أمثلة هذه الأموال الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق (م/٨٥٢)^(٣).

(١) راجع : شابلس البوند من ١٣١٦ - ١٣١٨ الصفحات من ٤٢ - ٤٤ .

(٢) وهذه مسألة مرضوعة يقرها قاضي الموضوع، في هذا المعنى : الصدد ص/٢٥٣ والفقه الفرنسي المشار إليه فيه هامش/٢ .

(٣) ومن المصور أن يكون مصدر الشيوع الإجباري هو التصرف القانوني (كان يوصى شخص لأخوين بهال معين مشترطا عليهم عدم قسمته بينهم طيلة مدة معينة)، وإن كان لا يجوز، في هذه الحالة، الإجبار على البقاء في هذا الشيوع إلى أجل يجاوز خمس سنين (م/٨٣٠-١)، وقد سبق بيان ذلك .

٥١٥ - ويمكن تصنيف الشيوخ الإجباري في طائفتين: شيوخ إجباري أصلي، وهو ما يتحقق بالنسبة للأشياء التي تخصص مستقلة لخدمة أو استعمال الشركاء على وجه الدوام، مثل مدافن الأسرة وصورها ووثائقها. وشيوخ إجباري تبعي، وهو ما يتحقق بالنسبة للأشياء الشائعة التي تخصص لخدمة عقارات، أو أجزاء من عقار واحد، مملوكة للشركاء ملكيات مفرزة، كالأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق، وكالطرق والأبار والمساقى التي تخصص لخدمة عقارات يملكها الشركاء ملكيات مفرزة.

وينعكس هذا التصنيف على سلطة الشريك في التصرف في حصته في الشيوخ الإجباري. فإذا كانت هذه السلطة لا بد ستأثر، على نحو ما، بالفرض الذي أعد له المال الشائع، فإن هذا التأثير لن يكون واحدا في الطائفتين.

ففي الشيوخ الإجباري الأصلي، لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته لأجنبي عن الشركاء إلا بموافقتهم جميعا. أما في الشيوخ الإجباري التبعي، فسلطة الشريك في التصرف في حصته الشائعة تنقيد فقط بوجوب أن يكون هذا التصرف مع التصرف في العقار الذي تعتبر هذه الحصة من توابعه وليس بشكل مستقل. فإذا توافر هذا الشرط فلا يلزم موافقة الشركاء على هذا التصرف، لا جميعهم ولا حتى أغلبية منهم.

٥١٦ - وعلى عكس ما قد يبدو للوهلة الأولى، لا ينشئ الشيوخ الإجباري للملكية العقارات المفترزة التي خصص المال الشائع لخدمتها، حق ارتفاق على هذا المال^(١)، رغم كونه مخصصا بالفرض لخدمة هذه العقارات ومرتبئا بها إلى الحد الذي لا يجوز لأي شريك أن يتصرف في حصته الشائعة فيه إلا مع التصرف في العقار المخصص لخدمته، على ما ذكرناه؛ لأن قوام الارتفاق «استعمال عقار مملوك للغير، حين أن الشريك، في الشيوخ الإجباري، مالك لحصة شائعة ويستعمل الأجزاء الشائعة بوصفه مالكا، ولكن شريك فيه حتى مساو لحقوق الآخرين، فلا يوجد عقار مرتفق وعقار مرتفق به»^(٢). ولذلك لا تنطبق على الشيوخ الإجباري الأحكام الخاصة بحقوق الارتفاق^(٣).

(١) أنظر: مع ذلك - في التفریب بین الشیوخ الاجباري وحق الارتفاق:

Rouen 19/3/1958 G.P. 1958-2-170

ومن الفقه، أنظر الفقه المشار إليه في عمود جمال الدين زكي بند/١٠٨ هامش/٩.

(٢) محمود جمال الدين زكي بند/١٠٨، وفي نفس المعنى: السبوري بند/٥٩٧، اسحاق غانم بند/١٤٤، محمد حل عرفة بند/٣٤٥، الصده بند/١٦٣، ومن الفقه الفرنسي: شاباس بند/١٣١٦، ص/٤٣.

(٣) أنظر في هذا المعنى، وفي النتائج المترتبة على عدم اعتبار الشيوخ الإجباري حق ارتفاق: السبوري بند/٥٩٧، محمود جمال الدين زكي بند/١٠٨.

حدود حق الشريك في الشيوع الإجباري:

٥١٧ - ليس للشريك في الشيوع الإجباري، كما ذكرنا، أن يطلب قسمته. وسلطته في التصرف في حصته فيه مقيدة: فهو لا يستطيع أن يتصرف فيها تصرفاً يتعارض مع الغرض الذي أعد له الشيء الشائع^(١)، أو بالاستقلال عن العقار الذي أعد الشيء الشائع لخدمته، فتظهر، من هذا (أي سلطته في التصرف) أضيق نطاقاً من سلطته في التصرف في حصته الشائعة في الشيوع العادي^(٢).

٥١٨ - أما فيما يتعلق بسلطة الاستعمال والإدارة فعلى النقيض، تكون للشريك في هذا النوع من الشيوع سلطة أكثر اتساعاً منها في الشيوع العادي^(٣). ففيما عدا تقيده بالآلية يستعمل الشيء الشائع إلا للعقار الذي خصص لخدمته، وألا يغير من تخصيص هذا الشيء^(٤) أو يمس حقوق شركائه فيه المساوية لحقه^(٥)، يتمتع بسلطات مادية واسعة في استعماله والإفادة منه. بل تكون له سلطة استعماله وإدارته «كما لو كان مالكا له وحده»^(٦). فيكون له، مثلاً، أن يجري فيه - رغم اعتراضات شركائه - تعديلات أو تغييرات لمصلحته الشخصية على أن يتحمل نفقات ما يحدثه^(٧)؛ كان يمد كابلات كهربائية تحت الفضاء الشائع وصولاً إلى شقته. أو - من باب أولى - يجري هذه التعديلات أو التغييرات لفائدة الشيء الشائع نفسه ويرجع على شركائه، وفقاً لرأى في الفقه، بنصيبهم في نفقاته^(٨)؛ كصرف الطريق الشائع.

(١) ففي شيوخ إجباري أصلي كمدافن الأسرة، لا يستطيع، مثلاً أحد أفراد الأسرة المشتاعين أن يبيع حصته في المدين أو يهبها لأجنبي عن الأسرة.

(٢) في هذا المعنى: شاباس بند/١٣١٦.

(٣) في هذا المعنى: شاباس بند/١٣١٧، وأنظر من تطبيقات القضاء لهذه السلطة الموسعة:

Civ. 12/3/1989 D 1989-587

(٤) كان يجوز الحليفة إلى جراح.

(٥) كان يكس في مدخل العمارة السكنية بضائع فيعوق استعمال شركائه له.

(٦) محمود جمال الدين زكي بند/١٠٩، وفي نفس المعنى: الصده بند/١٦٤.

(٧) في هذا المعنى: شاباس بند/١٣١٧.

(٨) مع ملاحظة أنه في خصوص الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق، هناك ضوابط على هذه السلطة نصت عليها للمادة ٨٥٦ كما سترى فيما بعد. أنظر لاحقاً بند/٥٣٩، ٥٤٠.

(٩) من هذا الرأي: شاباس بند/١٣١٧، ص/٤٣.

(١٠) مع ملاحظة الأحكام الخاصة بالأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق كما سيظهر.

التنظيم التشريعي للشيوع الإجباري:

٥١٩ - وفي بعض القوانين المقارنة، كالقانون المصري، ينظم المشرع غير واحد من تطبيقات الشيوع الإجباري^(١). أما في القانون الكويتي فقد اقتصر المشرع على تنظيم ملكية الطبقات والشقق حيث يوجد فيها أهم صورة من صور الشيوع الإجباري وهي ملكية الأجزاء المشتركة. ونعرض فيما يلي لهذا التطبيق.

(١) كالحائط المشترك (ويلحق به الحائط الفاصل)، وملكية الأسرة، والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق.

(٢) أنظر في هذه التطبيقات، في القانون الفرنسي: شاباس البند من ١٣١٩ - ١٣٣١.

المطلب الثاني

ملكية الطبقات والشقق^(١)

تمهيد

المقصود بملكية الطبقات والشقق :

٥٢٠ - لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية نظام ملكية الشقق الذي فرضه منطق التطور العمراني الحديث، وإنما عرفوا نظام ملكية الطبقات، وكانوا يسمونه نظام السفلى والعلو، أو حق التعلّى، حيث يمتلك شخص سفلى البناء^(٢) والأرض المقام عليها، ويمتلك آخر علوه، كل منها يملك ملكية مفرزة، ولا توجد أجزاء شائعة لا في الأرض ولا في البناء. ويكون للمالك العلوق القرار أو حق التعلّى على السفلى، وهو ما يستتبع التزام صاحب السفلى بالتزامات معينة تهدف إلى تمكين صاحب العلو من الاستفادة من ملكه، والتزام صاحب العلو بالتزامات أخرى تهدف إلى عدم الإضرار بالسفلى.

أما ملكية الشقق^(٣)، فيقصد بها انقسام البناء إلى عدة أجزاء (جرى العمل - عندما تكون مخصصة للسكنى - على تسميتها بالشقق)، لكل منها مالك يستقل بها، حين تكون الأرض المقام عليها البناء، وهيكله، وأجزاؤه المعدة للاستعمال المشترك، ملكية شائعة لجميع الملاك شيوعاً إجبارياً.

٥٢١ - وحيث يندر في الوقت الحاضر أن تكون البناء المجزأة ملكيته، من طابقين فقط (وهي الصورة المبسطة التي أوحى بنظام ملكية السفلى والعلو في الفقه الإسلامي)، وإنما الذي يغلب - عندما يفكر الأفراد في تجزئة ملكية البناء الواحد، أن يتجهوا إلى الأبنية الكبيرة ذات الوحدات المتعددة حتى يمكن الحصول على المسكن

(١) راجع في هذا الموضوع، في القانون الفرنسي: شاباس البند من ١٣٢٤-١٣٣١.

(٢) والمقصود بالبناء في هذا النظام البناء المكون من طابقين.

(٣) راجع، في الطبيعة القانونية لملكية الشقق، محمود جمال الدين زكي بند/ ١١٧ والفقه العديد المشار إليه في هوامشه.

الملائم بنفقات معتدلة، فقد أثر المشرع أن ينظم ملكية أجزاء البناء تنظيها موحدا يقوم على أساس أن هناك عدة أشخاص يملكون بناء، كل منهم يملك فيه جزءا محددًا ملكية مفروزة (أي ملكية مستقل بها)، يستوى أن يكون هذا الجزء هو طبقة بأكملها في البناء، أو جزءا من طبقة، غالبا ما يكون شقة^(١). وبالتالي لملكية الطبقة أو الشقة يمتلك مالكيها حصة شائعة في أجزاء أخرى من البناء هي الأجزاء المشتركة التي تكون شيوعا إجباريا لا يقبل القسمة. فنصت المادة/٨٤٨-١ على أنه:

«تسرى نصوص المواد التالية على كل بناء أو مجموعة أبنية^(٢)، لعدة أشخاص، كل منهم يملك جزءا مفروزا وحصة شائعة في الأجزاء المشتركة».

وهكذا أصبح التنظيم الوارد في المادة/٨٤٨ وما بعدها^(٣) هو الواجب التطبيق أصلا على ملكيات أجزاء المباني. وأصبحت ملكية الطبقات في صورة السفل والعلو، نظاما استثنائيا يجب لتطبيقه الاتفاق عليه في سند الملكية^(٤)، وفي هذه الحالة تطبق أحكام الاتفاق.

٥٢٢ - ونظرا إلى أنه قد يغفل ذوو الشأن الاتفاق على تملك من يملك جزءا مفروزا حصة شائعة في الأجزاء المشتركة، وضع المشرع في الفقرة الثانية من المادة/٨٤٨ قرينة بسيطة، فنص على أن «من يملك جزءا مفروزا يعتبر مالكا حصة شائعة في الأجزاء المشتركة مالم يثبت خلافه»^(٥).

أهمية هذه الصورة من صور الملكية:

٥٢٣ - وقد اكتسب نظام ملكية الطبقات والشقق أهمية كبيرة في الوقت الحاضر، إذ أخذ هذا النوع من ملكية المباني في الانتشار السريع في كثير من الدول لما يحققه من مزايا. فهو «يوفق بين اعتبارين أبرزت ظروف العصر تعارضهما: الاعتبار الأول هو ميل

(١) وقد يكون شيئا آخر، كدكان مثلا.

(٢) وقد روعي في النص على بناء أو «مجموعة أبنية» أنه قد يحدث أن تقام على أرض واحدة عدة أبنية منفصلة بمرافق مشتركة وإدارة مشتركة بحيث يكون مجموعها وحدة متكاملة، ولم يكن الفصل بين كل بناء وضربه إلا لاعتبارات تتعلق بفن البناء نفسه. أنظر المذكرة الإيضاحية لتطبيقا على المادة/٨٤٨.

(٣) وقد حل هذا التنظيم محل أول تنظيم لملكية الطبقات والشقق، وهو التنظيم الذي كان وضعه القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٦.

(٤) في هذا المعنى: محمود جمال الدين زكي/بند/١١٥.

(٥) أنظر (في الاستدراك الأخير) لاحقا/بند/٥٢٦.

الإنسان إلى التملك وبخاصة بالنسبة لمسكنه حتى يشعر بشيء من الاستقرار وبشيء مسكنه على النحو الذي يرضيه، والاعتبار الثاني هو عدم قدرة كثير من الأشخاص، وبخاصة من أبناء الطبقة المتوسطة، على تملك منزل خاص يستقل المالك بملكته وحده، أو عدم قدرته على تملك منزل مستقل تتوفر فيه المزايا التي تتوفر في شقة في بناء كبير^(١).

تحديد الأجزاء المشتركة (أو الشائعة) :

٥٢٤ - لما كان كل مالك، في نظام ملكية الطبقات والشقق يملك إلى جانب جزئه المفرد (طبقة أو شقة) حصة شائعة في الأجزاء المشتركة، تعين تحديد المقصود بهذه الأجزاء.

والأصل أن يرجع في هذا التحديد، للسند المنشئ للملكية الطبقة أو الشقة. فإذا لم يتضمن السند هذا التحديد، تعين الرجوع في ذلك إلى المادتين ٨٤٩، ٨٥٠. وقد تكفلت الأولى بتحديد الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك والتي تكون - من ثم - مملوكة ملكية مشتركة لهم جميعهم (وهذا هو الأصل في ملكية الأجزاء المشتركة)، فيما تكفلت الثانية بتحديد الأجزاء التي تكون مشتركة بين بعض المالكين فتقتصر - من ثم ملكيتها المشتركة عليهم وحدهم.

٥٢٥ - فبمقتضى المادة/ ٨٤٩، تشمل الأجزاء المشتركة، أصلاً «الأرض، وهيكل البناء، وأجزائه وملحقاته غير المعدة للاستعمال الخاص بأحد الملاك. وتشمل بوجه خاص^(٢) :

أ - الأرض المقام عليها البناء، والأفنية، والممرات الخارجية، والحدائق، ومواقف السيارات.

ب - أساسات البناء، والأسقف، والأعمدة المعدة لحملها، والجدران الرئيسية.

ج - المداخل، والممرات الداخلية، والسلام، والمصاعد.

د - الأماكن المخصصة للحراس وغيرهم من العاملين في خدمة البناء.

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/ ٨٤٨.

(٢) بمعنى ذلك، على سبيل المثال.

هـ - الأماكن المخصصة للخدمات المشتركة.^(١)

و- كل أنواع الأنابيب والأجهزة إلا ما كان منها داخل أحد الأجزاء المفردة وتقتصر منفعتها على مالك هذا الجزء»^(٢).

٥٢٦ - وهذا التحديد للأجزاء المشتركة (بين الملاك جميعاً) هو الأصل. ويمكن أن يتفق على خلافه، كما لو بنى شخص البناء وبدأ في تملكه طبقات أو شقق واحتفظ لنفسه بملكية الأرض كلها أو بملكية الحديقة ليمكن من أن يبنى فيها بناءً آخر. وهذا استدركت الفقرة ٢ من نص المادة/ ٨٤٩ على ما عدته من الأجزاء المشتركة قائمة: «كل ما سبق ما لم يرد في سندات الملك ما يخالفه».

٥٢٧ - ونجدر الإشارة في هذا الموضع إلى أنه لا عبرة - في تحديد الأجزاء المشتركة - لما إذا كان بعض المالكين ينتفع أو لا ينتفع بالجزء المشترك. فما دام أن هذا الجزء لازم بطبيعته لانتفاع كل مالك بما يملكه مفزاً فإنه يعد من قبيل الأجزاء المشتركة المملوكة، من ثم، للجميع، وللم ينتفع به، من الناحية العملية، بعضهم. وعلى ذلك فمواقف السيارات مثلاً تعتبر من الأجزاء المشتركة حتى بالنسبة للمالك الذي لا يملك سيارة، كما يعتبر المصعد من الأجزاء المشتركة حتى بالنسبة للمالك الدور الأرضي الذي قد لا يستعمله. فليست العبرة بالانتفاع الفعلي، وإنما بإمكانية الانتفاع.

٥٢٨ - إنها قد توجد أجزاء مشتركة، لا تكون بطبيعتها لازمة لانتفاع الجميع بها يملكونه مفزاً، وإنما تقتصر منفعتها - بطبيعتها - على بعض الملاك دون البعض الآخر، فتقتصر - من ثم - ملكيتها المشتركة عليهم وحدهم. لذلك نصت المادة/ ٨٥٠ على أن «الأجزاء المشتركة التي تقتصر منفعتها على بعض الملاك فقط تكون ملكاً مشتركاً لهؤلاء الملاك». واعتبرت من قبيل هذا النوع، على الأخص «الحواجز الفاصلة بين جزئين من أجزاء الطبقة» وجعلت هذه الحواجز «ملكاً مشتركاً للمالكين هذين الجزئين».

(١) مثل الأماكن المخصصة لوضع الأجهزة العامة للتكييف المركزي، أو المفاتيح العامة للكهرباء، وحجرات غسل الملابس، المشتركة... الخ.

(٢) ويرجع حرص المشرع على أن يقيد ما يستبعد من الأنابيب والأجهزة التي تكون داخل الأجزاء المفردة، من نطاق الأجزاء المشتركة، بأنه تلك الأنابيب والأجهزة التي تكون منفعتها مقصورة على ملك الأجزاء المفردة الموجودة فيها، أن الاعتبارات الفنية قد تقتضي في بعض الأحيان أن تد بعض الأنابيب المشتركة داخل شقة أحد الملاك ولا يجوز ذلك دون كونها مشتركة.

(٣) وهذا التعداد وارد على سبيل المثال لا الحصر. وهو ما يستفاد مما تقوله المادة/ ٨٤٩ من أن هذه الأشياء، على الأخص، تشملها الأجزاء المشتركة.

تحديد حصة كل شريك في الأجزاء المشتركة :

٥٢٩ - تنص المادة/٨٥١ في هذا الشأن على أن: «تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا».

لكن، على أي أساس يبنى تقدير قيمة كل جزء من الأجزاء المفترزة؟ إن شقة ما، في مبنى، قد تتميز عن غيرها من شقق ذات المبنى بسبب ما يوجد بداخلها من أشياء مرتفعة القيمة، كأعمال الديكور، أو الأدوات الصحية. . . الخ، فهل يعتد في تقدير قيمة الجزء المفرز بكل ما يمكن أن يؤثر في هذه القيمة أم يجب أن نقف عند بعض الاعتبارات دون البعض الآخر؟. ومن جهة أخرى، ما هو الوقت الذي يعتد به في هذا التقدير؟. إنه قد يحدث بعد إنشاء المبنى أن تتغير الظروف المحيطة به فتتغير قيمة بعض الأجزاء زيادة أو نقصا، كأن يفتح، أو يوسع، شارع في جانب من البناء، أو تلغى حديقة كان يطل عليها جانب منه.

لم يشأ المشرع أن يترك هذه المسائل للاجتهاد، حسبا لما أثارته من جدل في القوانين المقارنة التي اكتفت بتقرير مبدأ تحديد حصة كل شريك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا، كما فعل المشرع المصري، فأضافت المادة/٨٥١ سالفه الذكر قائلة: «وتقدر قيمة هذا الجزء على أساس مساحته وموقعه وقت إنشاء البناء». وبهذه القيدتين: تحديد القيمة على أساس المساحة والموقع دون ما اعتداد بأي عنصر آخر، وكون العبرة في التحديد بوقت إنشاء البناء^(١)، «تستقر نسبة ما يملكه كل شريك في الأجزاء المشتركة، فلا يعاد النظر فيها كلما حدث تغيير في الظروف المحيطة بالمبنى أو فيما يوجد داخل الشقة»^(٢).

الأحكام الخاصة بملكية الأجزاء المشتركة :

٥٣٠ - وتحكم ملكية الشركاء للأجزاء المشتركة أحكام خاصة، ترتب على الوضع الخاص لهذه الأجزاء باعتبارها شائعة شيوعا إجباريا، وعلى التلازم الوثيق بين ملكية

(١) ويتخذ هذا الحل، أيضا، الرأي الراجح في الفقه المصري، رغم عدم وجود نص مماثل. أنظر مثلا: السهوري/بند/٦٢٥: أساحيل غلام/بند/١٢٣، منصور مصطفى منصور/بند/١٠٢، وضمانا: محمد ليب شنب/بند/٣٢٠، وعكس ذلك: محمد عل مره/بند/٣٥٧.

(٢) أنظر للمذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨٥١.

الشركاء لهذه الأجزاء وملكيتهم للأجزاء المقرزة.

وقد أجملت هذه الأحكام المادة/ ٨٥٢ حين قضت بأن: «الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة، ولا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفزرا، والتصرف في الجزء المقرز يشمل حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة»^(١) (٦).

وهذا النص من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى مزيد من بيان.

تقسيم:

بعد هذا التمهيد الذي طال، نوزع الدراسة في هذا المطلب على ثلاثة فروع على النحو التالي:

-
- (١) يستوى في هذا الشأن أن يكون هذا التصرف ناقلا للملك أو غير ذلك من التصرفات كالرهن مثلا. فحصة المتصرف، في الأجزاء المشتركة، تدخل، بقوة القانون، فيها يشمله التصرف، أيا كان هذا الأخير.
- (٢) ويسلم الفقه المصري بهذا الحكم رغم عدم النص عليه صراحة في المادة/ ٨٥٦ ملقى مصري. ويخرجه على أساس من أن الحصة الشائعة في الأجزاء المشتركة تعتبر من ملحقات الجزء المقرز المتصرف فيه. أنظر مثلا عمود جمال الدين زكي/ بند/ ١٢١.

الفرع الأول

تنظيم الانتفاع بالعقار المبنى والقيود

المفروضة على سلطات كل شريك فيما يملكه مفرزا

٥٣١ - يفرض تعدد ملاك المبنى الواحد، في نظام ملكية الطبقات والشقق، ضرورة تنظيم الانتفاع به وإدارته، تنظيميا يكفل مصلحة الجميع، وبحول دون طغيان بعضهم على بعض. وقد يقتضى هذا التنظيم فرض القيود، ليس فقط على الانتفاع بالأجزاء المشتركة وإنما أيضا على سلطات الملاك فيما يملكونه مفرزا. وليس في ذلك ثمة غرابة، فإذا كانت حرية المالك العادي في الانتفاع بملكه تنقيد - في القواعد العامة - بقيود لمصلحة جيرانه الذين لا يشاركونه بالفرض ذات المبنى، فأولى بهالك الطبقة أو الشقة أن يراعي مصلحة من يشاركونه ذات المبنى من مالكي الطوابق أو الشقق الآخرين، فهم - إذا استعرنا وصف الأستاذ السنهوري - ألصق جيرانه^(١). وعليه - وإحال كذلك - أن يقبل قيودا على حريته في الانتفاع بملكه، بل وفي التصرف فيه، قد تكون أشد صرامة^(٢).

تنظيم الانتفاع بالعقار (النظام الانتفاعي):

٥٣٢ - طبعي أن يكون لملاك العقار (المقسم إلى طبقات أو شقق) أن يضعوا نظاما لضمان حسن الانتفاع به وإدارته، بتقيّد به الجميع. وجعل المشرع وضع هذا النظام من سلطة أغلبية خاصة هي من يملكون ثلاثة أرباع الأنصبة (١-٨٥٣/م) دون حاجة إلى إقرار المحكمة.

لكن، نظرا لأن الراغب في التملك قد يقبل ما يرد في النظام المعدّ من قبل، لشدة حرصه على التملك أو لعدم تقديره لدى القيود الواردة في النظام على الملكية، ورغبة من

(١) أنظر السنهوري بند/٦٢٣.

(٢) في هذا المعنى: الصلة بند/١٧٢.

المشرع في تفادى ما قد يحدث من وضع قيود في النظام الاتفاقي على الملكية قد تفقدها الكثير من مزايها، قررت الفقرة الثانية من المادة/٨٥٣ أنه «لا يجوز أن تفرض في النظام قيود على ملكية الأجزاء المفروزة أو المشتركة لا يبررها تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها». وهو ما يعني أن كل قيد ليس له ما يبرره يعتبر كأن لم يكن. ولكل مالك، حتى ولو كان قد وافق على النظام، أن يطلب إلى القضاء اعتبار الشرط المتضمن هذا القيد باطلا.

القيود المفروضة على سلطات كل شريك فيما يملكه مفروزا:

٥٣٣ - ليس من شك - ابتداءً - في أن لكل شريك، فيما يتعلق بجزئته المفروزة (طبقية أو شقة)، والفرض أنه يملكه ملكية تامة، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، شأنه في ذلك شأن أي مالك.

وقد قررت المبدأ العام في حق كل شريك في التصرف فيما يملكه مفروزا، المادة/ ٨٥٤ حين قضت بأن «لكل مالك أن يتصرف في الجزء المفروز الذي يملكه...»^(١).

٥٣٤ - وإطلاق النص على هذا النحو يفيد أن للمالك أن يتصرف في هذا الجزء، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا. وله أن يتصرف لمن يشاء، سواء كان المتصرف إليه من الملاك الآخرين أو من غيرهم^(٢) وله أن يتصرف فيما يملكه كله تصرفا واحدا، كما له أن يجزئ العقبة أو الشقة ويتصرف في جزء ويستبقى الجزء الآخر أو يتصرف فيه لغير المتصرف إليه الأول. وللمالك أن يتصرف تصرفا ناقلا للملك أو غير ذلك من التصرفات، كأن يرتب على ما يملك حق انتفاع أو يرهنه. وله أن يجري على الجزء الذي يملكه مفروزا التصرفات المادية التي يراها، كإقامة فواصل جديدة في الشقة لزيادة عدد حجراتها أو إزالة بعض الفواصل لتوسعة هذه الحجرات، مادام لا يترتب على هذه التغييرات التي يحدثها تهديد لسلامة المبنى أو مساس بمتانتها أو تغيير في شكله أو مظهره الخارجي^(٣).

(١) ويلاحظ ما سبق أن اشرنا إليه من أن التصرف في الجزء المفروز يشمل، بقية القانون، حصة المتصرف في الأجزاء الشائعة (م/٨٥٣).

(٢) على خلاف فيما إذا كان يجوز للشركة الآخرين أن يشفعوا في هذا التصرف، إن كان بيعا، سبق عرضه، انظر سابقا بند/ ١٢٦ وما بعده.

(٣) التزاما بما تقضي به المادة/ ٨٥٧ بوجه عام من أنه: «لا يجوز لأي مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير في شكله أو مظهره الخارجي». وهو قيد عام يصدق على كل عمل سواء في الجزء الذي يملكه الشريك مفروزا، أو في الأجزاء المشتركة.

لكن، ليس ثمة ما يمنع الملاك من الاتفاق مقدما في النظام الذي يضعوه - لحسن الانتفاع بالمبنى وإدارته - على تقييد حرية المالك في التصرف، وذلك في الحدود التي يصح فيها مثل هذا الاتفاق وفقا للقواعد العامة ومع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة/ ٨٥٣ سابقة الإشارة. فلهم أن يتفقوا - مثلا - على عدم جواز أن يقسم أي منهم طبقته أو شقته إلى أجزاء يتصرف في كل جزء منها لشخص. والباعث على اتفاق مثل هذا واضح، وهو رغبتهم في الاحتفاظ بمستوى معين للمبنى والحد من عدد الأشخاص الذين ينتفعون به^(١). وتكون في هذه الحالة، بصدد حق ارتفاع مقرر على كل طابق أو شقة لمصلحة الطبقات أو الشقق الأخرى، فيخضع لأحكام حق الارتفاع.

٥٣٥ - أما فيما يتعلق بسلطة كل شريك في استعمال جزئه المفروز واستغلاله، فمن الطبيعي أن يقيدها المشرع، لأن إطلاقها قد يضر بحقوق الشركاء الآخرين، والفرص أن لهم بدورهم حقوقا مساوية لحقه. لذلك تقييد المادة/ ٨٥٤ هذه السلطة بضرورة أن يكون استعمال المالك واستغلاله للجزء المفروز الذي يملكه «بما لا يتعارض مع التخصيص المتفق عليه أو مع ما أعد له». فعلى سبيل المثال، إذا كانت الشقة مخصصة للسكنى فلا يجوز للمالك أن يباشر فيها، هو أو من يستأجرها منه، تجارة أو حرفه.

ورغم عدم وجود نص صريح بهذه القيود في القانون المصري، فإن الفقه يسلم بأن مالك كل جزء مفروز «يتقيد في استعماله أو في استغلاله، بحقوق جيرانه المساوية لحقه، ولا يجوز أن يترب على ممارسة حقوقه مضايقة لهم»^(٢). وفي فرنسا، قضى - انطلاقا من نفس الفكرة - بإزالة مظلة أقامها ساكن الدور الأرضي لأنها حجبت الرؤية عن ساكن الدور الذي يعلوه^(٣).

(١) في هذا المعنى: السنهوري بند/ ٦٢٣.

(٢) محمود جمال الدين زكي، بند/ ١١٩.

(٣) استئناف جرينوبل في ١٨٩٧/٦/٢٢، استئناف باريس في ١٩٦٠/٢/٩، مشار إليها في عمود جمال الدين زكي، بند/ ١١٩، هامش/ ٩.

الفرع الثاني

سلطات المالك على الأجزاء المشتركة

وأعباءه فيها

سلطة المالك في استعمال الأجزاء المشتركة :

٥٣٦ - تتركز سلطات المالك على الأجزاء المشتركة في استعمال هذه الأجزاء . وحق كل مالك في هذا الاستعمال له وضوح البديهي ، فالفرض في هذه الأجزاء المشتركة أنها لازمة للانتفاع بالوحدات المملوكة مفرزة (طوابق كانت أو شققا) ، وقد خصصت أصلا لخدمة هذه الوحدات .

وتطبيقا لذلك ، يكون للمالك الشقة - مثلا أن يستعمل سلم المبنى ، أو مصعده ، وله أن يعلق على الحائط المشترك بينه وبين جاره الملاصق ، من ناحية شقته ، ما يشاء من الملصقات كالتيابلوهات ، وله أن يحفر في هذا الحائط ما يسمح بمد التوصيلات الكهربائية أو التليفونية أو غيرها مادامت هذه الأعمال لا تؤثر في متانة البناء .

٥٣٧ - إنها بالنظر لكون هذه الأجزاء ملكا على الشيوع للمالك ولجميع الشركاء ، فإن سلطته في استعمالها تكون ولا بد ، مقيدة ، قيودا من شأنها تمكين الملاك الآخرين من الانتفاع بذات هذه الأجزاء . وقد أجمعت هذه القيود المادة /٨٥٥ حين قضت بأن : «لكل مالك ، في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه مفرزا ، أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيها خصصت له ، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك» .

وهكذا ، يتعين ، أولا ، أن يكون استعمال المالك لجزء من الأجزاء المشتركة ، في سبيل انتفاعه بما يملكه مفرزا ، فلا يجوز له مثلا إذا اكتسب ملكية عقار ملاصق لشقته أو استأجره ، أن يستعمل الأجزاء المشتركة في سبيل الانتفاع بهذا العقار الملاصق^(١) .

كما يتعين ، ثانيا ، أن يكون استعماله للأجزاء المشتركة ، فيها خصصت له هذه

(١) في هذا المعنى : محمد جمال الدين زكي بند /١٢١ نقلا عن برنار .

الأجزاء. فلا يجوز له مثلا أن يستعمل المدخل أو الممرات أو السلم أو الفناء في عرض منتجاته أو بضائعه، حتى ولو كان الجزء الذي يملكه مفرزا مخصصا للتجارة^(١).

ويتعين، أخيرا، أن يراعى في استعماله لهذه الأجزاء حقوق غيره من الملاك. فنظرا إلى أن لكل مالك ما لغيره من حق استعمال الأجزاء المشتركة فيجب ألا يكون من شأن استعمال أحدهم حرمان غيره من الاستعمال^(٢)، أو عرقلة هذا الاستعمال على نحو يجعل بعض الملاك أكثر انتفاعا من غيره، وإنما يجب تحقيق التوازن بين حقوق الجميع. فهو ليس يتقيد فقط بوجود ألا يكون من شأن استعماله للأجزاء المشتركة أن يحول دون استعمال الآخرين^(٣)، وإنما التقيد المطلوب أكثر من ذلك، إذ يجب ألا يصل استعمال أي مالك للأجزاء المشتركة إلى حد فيه شيء من الطغيان على حقوق الآخرين وهي حقوق مساوية لحقه، حتى ولو لم يصل الأمر إلى حد الحيلولة دون استعمال الآخرين. وبناء على هذا القيد، إذا كان الاستعمال المشترك يمكن أن يتحقق للشركاء جميعا في وقت واحد دون تعارض إذا روعيته في درجة من العناية، فيجب على كل مالك أن يلتزم هذه الدرجة من العناية.

وإذا كان استعمال الجميع في وقت واحد متعذرا ويقتضى الأمر أن يتناوب الملاك في الاستعمال، كما هو الحال لو وجدت غرفة مشتركة لغسل الملابس، فيجب أن يتيح كل مالك لغيره فرصة متكافئة في الاستعمال على الوجه المألوف.

٥٣٨ - فإذا لم يراع المالك هذه القيود، يكون لأي مالك آخر أن يعترض على الاستعمال المخالف. ولا يستطيع المالك المخالف أن يتخلص من هذا الاعتراض بحجة أنه لم يعد على المعارض ضرر منه، «لأنه، بعمله، على كل حال، قد أحلّ بالتوازن الذي يجب قيامه بين ملاك البناء، وهدم التناسق الذي يجب أن يهيمن على

(١) إلا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك. أنظر المذكرة الإيضاحية تليقا على المادة/٨٥٥.

(٢) فلا يجوز مالك الطابق مثلا أن يحفر سراديب تحت الأرض يحتكرها لنفسه، ولا يجوز مالك الطابق الأعلى أن يبنى طابقا جديدا فوقه يستأثر بملكه. في هذا المعنى السنهوري بند/٦٢٥، محمود جمال الدين زكي بند/١٢١. وهو يؤسس عدم الجواز في الفرض الأول، على أن ملكية الأرض وهي لجميع الملاك، إنما تشمل، إلى جانب ما فوقها، ما تحتها أيضا، إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا أو عمقا، كما يؤسس عدم الجواز في الفرض الثاني، على أساس من أن التعلية تعتبر تصرفا في الأجزاء الشائعة وهي الأرض التي يقوم عليها البناء، والأساسات التي تحمل الطابق الجديدة، والحدود الرئيسية التي ترتفع عليها، وطبقة الهواء التي تشغلها فوق البناء.

(٣) كما اقتصر المشرع المصري في المادة/٨٥٧.

علاقاتهم»^(١).

مدى ما للمالك من سلطة في إحداث تعديلات في الأجزاء المشتركة:

٥٣٩ - بدهي أنه ليس للمالك سلطة التصرف القانوني في الأجزاء المشتركة، كأن يبيعها أو يؤجرها أو يرهنها. فهي ليست تخصه وحده حتى يمكنه أن يتصرف فيها بهذا المعنى.

وسلطته، حتى في التصرف المادي المتمثل في مجرد إحداث تغيير أو تعديل فيها، ليست سلطة مطلقة، وإنما هي سلطة مقيدة.

وقد عرضت هذه السلطة، ونظمتها تنظيمًا من شأنه أن يوفق بين مصلحة المالك الذي يرغب في إحداث التعديل أو التغيير من جهة، ومصالح غيره من الشركاء من جهة أخرى، المادة/٨٥٦، فنصت الفقرة الأولى منها على أنه:

«يجوز لكل مالك أن يحدث على نفقته تعديلاً في الأجزاء المشتركة إذا كان من شأنه تحسين الانتفاع بتلك الأجزاء دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالمالك الآخرين».

وبين من هذا النص، أن سلطة المالك في إجراء تعديلات أو تغييرات في الأجزاء المشتركة مقيدة بأربعة قيود: الأول: أن يكون هذا التعديل أو التغيير على نفقته^(٢). والثاني: أن يكون من شأن التعديل تحسين في استعمال الجزء أو الأجزاء التي يحدث فيها. والثالث: ألا يترتب على التعديل تغيير في تخصيص تلك الأجزاء. والرابع: ألا يترتب عليه ضرر لباقي الملاك.

وبناء على هذا: يجوز للشريك، مثلاً أن يستبدل بأنابيب المياه الموجودة خارج شقته،

(١) محمود جمال الدين زكي/بند/١٢١.

(٢) وفي تبرير هذا القيد، تقول المذكرة الإيضاحية، أن الأصل وفقاً للقواعد العامة، أن الشريك في الشيوع ليس له أن يحدث تعديلاً في الشيء الشائع، وإنما يكون التعديل من سلطة الشركاء مجتمعين أو بموافقة الأغلبية. ولكن قد يرغب شريك في إجراء تعديل ما، يراه محققاً لمصلحته، وفي الوقت نفسه لا يقبل الآخرون أو الأغلبية التي يعطيها القانون سلطة إجراء هذا التعديل، لا يقبلون إجراءه على نفقة الجميع. فإذا بلغت درجة حرص الشريك الراغب في إجراء التعديل إلى حد أن يقبل القيام به على نفقته وحده، ولم يكن من شأن إجراء هذا التعديل المساس بمصالح الشركاء الآخرين، فلا مبرر لحظران الشريك الراغب في التعديل من إجرائه».

انظر المذكرة الإيضاحية تعلقاً على المادة/٨٥٦.

وهي مشتركة، أنابيب أوسع حتى تصل المياه إلى شفته الموجودة في الأدوار العليا على نحو أفضل. أو أن يستبدل ببلاط مدخل المبنى نوعاً أفضل يسهل تنظيفه. . . الخ.

٥٤٠ - إنا، إذا كان إجراء التعديل، بهذه القيود، من حق المالك، فهذا لا يعني أن له أن يباشر إجراء التعديل دون إذن. فنظراً لتعلق حق الشركاء الآخرين بالجزء المشترك الذي يراد إجراء التعديل فيه، ولتقدير ما إذا كانت الشروط التي يلزم توافرها لإجراء التعديل متحققة أم لا، نصت الفقرة الثانية من المادة/٨٥٦ على ضرورة حصول المالك الذي يرغب في إجراء التعديل، قبل إحداثه، على إذن أغلبية الملاك التي يدخل في سلطتها إجراء مثله، أي أنه يلزم موافقة من يملكون ثلاثة أرباع الحصص إن لم يوجد اتحاد للملاك، أو موافقة الجمعية العمومية لاتحاد الملاك بأغلبية أصوات جميع الأعضاء^(١). فإذا لم توافق الأغلبية على التصريح للمالك الذي يرغب في إحداث التعديل، كان له أن يطلب من المحكمة الإذن له بإجرائه.

قيد عام:

٥٤١ - نصت المادة/٨٥٧ على أنه: «لا يجوز لأي مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير في شكله أو مظهره الخارجي». وهذا حكم عام، أو بالأدق قيد عام، يصدق على كل عمل، سواء في الأجزاء المشتركة أو الجزء الذي يملكه الشريك مفزاً.

وتطبيقاً له، لا يجوز مثلاً للشريك، كما يحدث عادة في الأسر محدودة الدخل، أن يقيم بسطح البناء حفل عرس يحشد إليه العديد من المدعوين بما قد يقوّضه. أو أن يضع في شفته أشياء ثقيلة الوزن إلى الحد الذي يزيد عن المعتاد ويهدد سلامة السقف، أو أن يضع في الجزء الذي يملكه آلات يترتب على تشغيلها ارتجاجات قوية تؤثر في هيكل البناء. ولا يجوز لصاحب الشقة طلاء الحوائط من الخارج أو طلاء النوافذ باللون تتنافر مع المظهر الخارجي للبناء وتشويهه. إلى غير ذلك من الأمثلة.

أعباء المالك في الأجزاء المشتركة:

٥٤٢ - يفرض نظام ملكية الطبقات والشقق أعباء مالية يتعين أن يساهم في تحملها مالك كل طبقة أو شقة، فيما يمكن أن نصفها بالأعباء المشتركة.

(١) وفقاً لتقضي به المادة/٨٦٧ كما سيأتي.

وقد تتصل هذه الأعباء بالأجزاء المشتركة: كنفقات حفظ هذه الأجزاء وصيانتها وإدارتها وتجديدها. وقد يقتضيها توفير بعض الخدمات المشتركة: كنفقات تشغيل المصعد وإضاءة مدخل المبنى وسلمه، وأجر الحارس (البواب) . . . الخ.

وإذا كان مبدأ وجوب مساهمة جميع الملاك في تحمّل هذه الأعباء أمراً مسلماً، إلا أن المشكلة الأساسية هي في كيفية توزيعها عليهم. بل ربما تكون هذه المسألة من أهم المسائل التي يثيرها نظام ملكية الطبقات والشقق، ليس فقط لأن هذه الأعباء قد تمثل في بعض الأحيان مبالغ كبيرة وإنما أيضاً لتفاوت مقدار الانتفاع بالأجزاء، أو الخدمات المشتركة، ما بين مالك وآخر.

٥٤٣ = ولقد كان القانون رقم/٣٩ لسنة ١٩٧٦^(١). مثله في ذلك مثل التقنين المدني المصري الحالي، وما كان عليه العمل في فرنسا أيضاً حتى صدور قانون ١٠ يولييه ١٩٦٥، يحل هذه المشكلة على أساس من توزيع هذه الأعباء بحيث يتحمل كل مالك نصيبه فيها «بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك»^(٢).

وواضح أن توزيع الأعباء المشتركة كلها على هذا الأساس يتنافى مع العدالة بالنسبة لبعض هذه الأعباء. فليس من العدل مثلاً أن يتساوى صاحب الشقة الموجودة في الدور الأرضي أو في دور من الأدوار المنخفضة، مع صاحب الشقة الموجودة في دور من الأدوار العليا، في تحمل نسبة من تكاليف تشغيل المصعد.

٥٤٤ = لذلك، أخذت المادة/٨٥٨ بحل مختلف، استوحته، مع شيء من التعديل، من نص المادة العاشرة من قانون ١٩٦٥ الفرنسي، ففرّقت فيه بين نوعين من النفقات: الأولى هو نفقات حفظ وصيانة وإدارة وتجديد الأجزاء المشتركة^(٣)، وهذه توزع على الملاك بنسبة حصة كل منهم في هذه الأجزاء. والثاني، هو نفقات «الخدمات المشتركة التي تخص بعض الملاك أو يتفاوت الانتفاع بها تفاوتاً واضحاً»^(٤) وهذه توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة^(٥) (م/٢-٨٥٨).

(١) وهو كما أسلفنا كان أول تنظيم تشريعي لملكية الطبقات والشقق في الكويت.

(٢) المادة الخامسة من قانون ٣٩ لسنة/١٩٧٦ والمأخوذة عن المادة/٨٥٧ مدني مصري.

(٣) كنفقات نظافة الأبنية والمداخل والسلم وواجهة المبنى، وصيانة الأنابيب المشتركة، وأجور من يتولون الإدارة والحراسة . . . الخ.

(٤) ويدخل فيها نفقات تشغيل المصعد ونفقات مساجد السلم إن وجدت . . . الخ.

(٥) وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه (م/٣-٨٥٨).

٥٤٥ - ولا يخفي أن التفرقة بين نوعي النفقات هذين ليست بالدرجة من الانضباط الذي يمنع التردد في اعتبار نفقة معينة من النوع الأول أو الثاني، كما لا يخفي أيضا أن توزيع النوع الثاني من النفقات على أساس نسبة ما يعود من الخدمات المشتركة من منفعة على كل طابق أو شقة حلّ ليس يخلو من الصعوبات العملية. ومع ذلك، اعتمد المشرع هذا الحل، حرصا منه على تحقيق العدالة بقدر الإمكان في مسألة هامة هي دائما محل الشكوى في الدول التي انتشر فيها نظام ملكية الطبقات والشقق.

٥٤٦ - وربما كان الأقرب للعدالة - في النوع الثاني من النفقات - أن تقاس المنفعة التي تعود على الملاك بالنظر إلى الانتفاع الفعلي الذي يراعي فيه أشخاص المنتفعين بالطابق أو الشقة. ولكن للتقليل من الصعوبات العملية التي تنور عند تطبيق مثل هذا الحل، جعل المشرع العبرة بالمنفعة التي تعود على الطبقة نفسها أو الشقة لا على مالكيها، فيكون القياس على ضوء اعتبارات موضوعية يراعي فيها موقع الطابق أو الشقة، والحجم، والتخصيص، حتى لا يتأثر قياس المنفعة بأشخاص المنتفعين.

الفرع الثالث

إدارة الأجزاء المشتركة

الإدارة باتحاد ملاك، والإدارة بالنظام الاتفاقي :

٥٤٧ - تجيز المادة/ ٨٥٩ وللملاك بأغلبية الأنصبة أن يكونوا اتحادا لإدارة العقار وضمان حسن الانتفاع به^(١)، تكون له «شخصية اعتبارية من تاريخ شهر الاتفاق على تكوينه»^(٢).

٥٤٨ - فإذا لم يوجد هذا الاتحاد وتكون إدارة الأجزاء المشتركة وفقا لما يتم الاتفاق عليه في النظام المشار إليه في المادة/ ٨٥٣^(٣) والقواعد العامة في إدارة الملكية الشائعة (م/ ٨٦٠-١)^(٤).

٥٤٩ - ويجوز لاتحاد الملاك - بما له من شخصية مستقلة - «أن يمتلك طبقة أو شقة أو أكثر ملكية مفردة»^(٥)، ويكون له أن يتصرف فيها (م/ ٨٦١). ويكون مركزه، بوصفه مالكا ملكية مفردة لجزء من المبنى، كمركز أي مالك لطبقة أو شقة، فيها عدا أنه لا يتمتع، بسبب ملكيته هذه، بأصوات في الجمعية العمومية» (م/ ٨٦١-٢)^(٦).

٥٥٠ - ويعتبر اتحاد الملاك، بمقتضى صريح المادة/ ٨٦٢ «حارسا على الأجزاء

(١) فتكوين الاتحاد جوازي لا وجوبي.

(٢) وينظم شهر اتحاد الملاك بقرار يصدر من وزير العدل» (م/ ٨٥٩-٣).

(٣) وتزى المذكرة الإيضاحية بحق - أن اتحاد الملاك يفقد أهم دواعي وجوده إذا لم يعترف له بالشخصية، أنظر المذكرة الإيضاحية تمليقا حل المادة/ ٨٥٩.

(٤) وهي - كما سبق أن تناولناها - تقضى بأن : ١ - للملاك بأغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة أن يضموا نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار وإدارته . ٢ - ولا يجوز أن تفرض في النظام قيود على ملكية الأجزاء المفردة أو المشتركة لا يبررها تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها : أنظر : سابقا بند/ ٥٣٢.

(٥) أنظر سابقا بند/ ٤٢٤ وما بعده.

(٦) يملكها لفرض من الأغراض، كان يخصصها لمكاتب الإدارة، أو يستغلها ويخصص لإيرادها لتغطية بعض النفقات المشتركة.

(٧) ويبر حرماته من الترويض في الجمعية العمومية أنه برغم استقلال شخصيته عن أشخاص الملاك إلا أنه ليس له مصالح مستقلة عن مصالحهم . أنظر المذكرة الإيضاحية تمليقا حل المادة/ ٨٦١-٢.

المشتركة^(١)، ويكون مستولا بهذه الصفة عن الأضرار التي تلحق الملاك أو الغير، دون إخلال بحقه في الرجوع على غيره وفقا للقانون». كحقه في الرجوع على المهندس والمقاول عندما يكون الضرر ناشئا عن عيب في البناء^(٢).

كيفية تسيير شئون اتحاد الملاك :

٥٥١ - يقوم على تسيير شئون الاتحاد : الجمعية العمومية، ومدير الاتحاد، ومجلس الإدارة إن وجد. وتخضع هذه الأجهزة لأحكام المواد من ٨٦١ - ٨٧٤ من التقنين المدني، إضافة إلى الأحكام الواردة في اللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق الصادرة - تنفيذا للفقرة الثانية من المادة/ ٨٦٠ مدني - بمرسوم ٢٤ يناير ١٩٨١.

ونوجز - فيما يلي - ما نص عليه التقنين المدني في هذا الشأن. أما ما ورد في اللائحة المشار إليها من الأحكام التفصيلية الكثيرة فلن نعرض منه إلا لما نراه ضروريا.

أ - الجمعية العمومية :

٥٥٢ - وهي المعبرة عن إرادة الاتحاد والتي تصدر القرارات التي تنسب إليه.

وتتكون الجمعية العمومية «من جميع الملاك» (م/٨٦٣-١)، فلا يجوز الاتفاق على استبعاد أحد الملاك من عضويتها^(٣). وإذا تعدد الأشخاص الذين يملكون معا طبقة أو شقة، فيعتبرون فيما يتعلق بعضوية الجمعية مالكا واحدا، وعليهم أن يوكّلوا من يمثلهم فيها، فإذا لم يتفقوا، فللمحكمة بناء على طلب أحدهم أو على طلب مدير الاتحاد أن تعيّن من يمثلهم» (م/٨٦٣-٢).

٥٥٣ - وتجتمع الجمعية العمومية للاتحاد مرة على الأقل كل سنة (م/١ من اللائحة). ويجب على مدير الاتحاد أن يدعوها للاجتماع إذا طلب منه ذلك رئيس مجلس إدارة الاتحاد إن وجد أو عدد من الملاك لهم على الأقل ربع الأصوات فيها (م/١-٢ من اللائحة). ولا يكون الاجتماع صحيحا إلا إذا حضره عدد من الملاك لهم أكثر من

(١) فلا تكون حاجة - بعد هذا النص - إلى إثبات انتقال الحراسة إليه من الملاك.

(٢) راجع في هذا الشأن : محمد شكري سرور: مسئولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون للدني المصري والقانون المدني الفرنسي - الناشر دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٥ (نال هذا المؤلف جائزة الدولة في القانون المدني).

(٣) راجع في مبدئ ذلك، المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة/٨٦٣-١.

نصف عدد أصوات جميع الملاك، فإذا لم يتوافر هذا العدد، وجهت الدعوة إلى إجتماع ثان يكون صحيحا مهما كان عدد الحاضرين (م/٦ من اللائحة).

٥٥٤ - ويكون ١ - لكل مالك عدد من الأصوات في الجمعية العمومية يتناسب مع حصته في الأجزاء المشتركة.

١ - ومع ذلك، فإذا كانت حصة المالك تزيد على النصف، أنقص عدد ماله من أصوات إلى ما يساوي مجموع أصوات باقي الملاك (م/٨٦٤). وقد أريد بهذا الحكم، الحد من سيطرة واحد من الملاك على قرارات الجمعية العمومية بحكم مقدار ما يملك في البناء. وتطبيقا لذلك: فإذا افترضنا أن عدد الأصوات جميعا، على أساس حصص الملاك هو ١٠٠، وكان أحد الشركاء يملك ٦٠٪ من الحصص، فلا يكون له إلا ٤٠ صوتا، ولباقي الملاك ٤٠ صوتا، ويجري التصويت على أساس أن مجموع الأصوات ٨٠ صوتا فقط بدلا من مائة صوت.

٥٥٥ - ١ - ويجوز للمالك أن يوكل غيره في حضور اجتماعات الجمعية العمومية والتصويت فيها.

٢ - ولا يجوز لشخص واحد أن يكون وكيلًا عن أكثر من مالك^(١)، كما لا يجوز لمن له عدد من الأصوات مساو لأصوات باقي الأعضاء أن يكون وكيلًا عن غيره.

٣ - ولا يجوز لمدير الاتحاد ولا لأحد من معاونيه ولا لأزواجهم أن يكونوا وكلاء عن الملاك^(٢) (م/٨٦٥).

٥٥٦ - وتندرج قرارات الجمعية العمومية في ثلاث طوائف تتفاوت من حيث درجة خطورتها تفاوتًا ينعكس - بدوره - على مقدار الأغلبية التي يلزم توافرها في كل طائفة:

- فالأصل أن تصدر قرارات الجمعية العمومية بالأغلبية المطلقة «مادام أن القانون لا ينص على غير ذلك (م/٨٦٦). وبهذه الأغلبية تتخذ القرارات الخاصة بالإدارة المعتادة^(٣).

- «وتصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء (من حضر منهم الاجتماع ومن لم يحضر)، في شأن:

(١) عملا على تحقيق أكبر قدر ممكن من الجدية لداولات الجمعية العمومية.

(٢) لأن مدير الاتحاد هو الذي يتولى تنفيذ قرارات الجمعية، وهو الذي يعرض عليها كثيرا من الموضوعات، وغالبا ما يكون له رأى خاص بصفته مديرا.

(٣) مثل صيانة العقار وعمل الإصلاحات اللازمة، والموافقة على الحسابات التي يقدمها المدير.

أ - التفويض في اتخاذ قرار من القرارات التي تكفي للموافقة عليها أغلبية أصوات الحاضرين^(١).

ب - تعيين أو عزل مدير الاتحاد أو أعضاء مجلس الإدارة.

ج - التصريح لأحد الملاك بإحداث تعديل في الأجزاء المشتركة وفقا لنص المادة/٨٥٦.

د - تعديل نسب توزيع النفقات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة/٨٥٨^(٢) إذا أصبح هذا التعديل ضروريا بسبب تغيير تخصيص بعض الطبقات أو الشقق^(٣).

هـ - شروط تنفيذ الأعمال التي تفرضها القوانين أو اللوائح^(٤).

و - الشروط التي يتم بها التصرف في الأجزاء المشتركة إذا أصبح هذا التصرف واجبا تفرضه القوانين أو اللوائح^(٥).

ز - تحديد البناء في حالة الهلاك كلياً أو جزئياً وتوزيع نفقاته على الملاك «(م/٨٦٧). وقد حرص المشرع على أن ينص صراحة، على أن ما قد يستحق بسبب هلاك البناء، كلياً أو جزئياً، مثل مبلغ التأمين أو التعويض الذي يدفعه المسئول عن الهلاك، يخصص لأعمال التجديد ما لم يجمع الملاك على غير ذلك (م/٨٦٨).

- ولا تصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات جميع الأعضاء في شأن:

أ - وضع نظام للملكية لضمان حسن الانتفاع بالعقار وإدارته أو تعديله.

ب - إحداث تعديل أو تغيير أو إضافة في الأجزاء المشتركة إذا كان من شأن ذلك تحسين الانتفاع بها في حدود ما خصص له العقار^(٦). وعلى الجمعية في هذه الحالة أن تقرر بنفس الأغلبية توزيع نفقات ما قرره من أعمال وكذلك نفقات تشغيل وصيانة ما

(١) كما لو فرضت الجمعية مجلس الإدارة، إن وجد، في الموافقة على ما يقدمه المدير من حسابات.

(٢) وهي النفقات التي توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة. أنظر سابقاً بند/ ٥٤٤.

(٣) كأن تكون الشقة مثلاً مخصصة للسكنى ثم يتغير تخصيصها إلى مكتب تجاري أو للمحكمة، الأمر الذي يستوجب إعادة النظر في تحديد ما يخصها من نفقات المصعد.

(٤) كما لو فرضت احتياطات معينة للأمن من الحريق أو لاعتبارات صحية.

(٥) كما لو اقتضى تطبيق لوائح التنظيم تعديل حدود الأملاك وضم قطعة من فناء المبنى إلى ملك آخر.

(٦) وقد روعي في تطلب هذه الأغلبية في هذه الحالة، أننا بصدد تغيير في الوضع القائم الذي ارتضاه جميع الملاك.

استحدث^(١).

ج - التصرفات العقارية التي من شأنها كسب أو نقل أو ترتيب حق من الحقوق العينية بالنسبة للأجراء المشتركة غير المنصوص عليها في المادة/٨٦٧ (و)^(٢).

د - تملك الاتحاد جزءاً من الأجزاء المفزة، والتصرف فيها يملكه من هذه الأجزاء.
- وتصدر قرارات الجمعية العمومية بإجماع أصوات الأعضاء، في شأن:

أ - التصرف في جزء من الأجزاء المشتركة إذا كان الاحتفاظ بهذا الجزء ضرورياً للانتفاع بالمعار وفقاً للتخصيص المتفق عليه^(٣).

ب - إنشاء طبقات أو شقق جديدة بغرض تملكها ملكية مفزة (م/٨٧٠)^(٤).

مدير الاتحاد:

٥٥٧ - أن يكون للاتحاد مدير، يختص بالأعمال التنفيذية، أمر لاشك في ضرورته، في ظل تنظيم جماعي للملكية الطبقات والشقق.

ويعين المدير بقرار من الجمعية العمومية، بأغلبية أصوات جميع أعضاء الاتحاد^(٥). ويجوز أن يكون المدير من بين الملاك كما يجوز أن يكون من غيرهم. ويكون تعيينه لمدة لا تزيد على سنتين قابلة للتجديد (م/٨٧١-١).

ويجوز أن يكون مدير الاتحاد شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً، ما لم ينص في النظام الاتفاقية للملكية على خلاف ذلك (م/١٠ من اللائحة).

فإذا فرض بسبب ما، أن الجمعية لم تعين مديراً، لعدم عرض الموضوع عليها مثلاً

(١) ولا يجوز لأي مالك أن يمنع أو يعطل تنفيذ ما قرره الجمعية ولو اقتضى هذا التنفيذ القيام بأعمال داخل طبقة أو شقته. ولن يلحقه ضرر بسبب تنفيذ الأعمال التي قررتها الجمعية الحق في مطالبة الاتحاد بالتعويض (م/٨٦٩-ب).

(٢) كما لو أريد بيع جزء من فناء المنزل أو رهنه ضماناً لدين على الاتحاد. وكذلك شراء قطعة أرض مجاورة للاحاقها بفناء المنزل.

(٣) فيرغم ضرورة هذه الأجزاء للانتفاع بالمعار وفقاً للتخصيص المتفق عليه مما يجعل التصرف في شيء منها بقرار من الأغلبية أمراً غير مقبول، فليس ثمة ما يمنع الملاك جميعاً من أن يقرروا التصرف والاستغناء عن الخدمة التي كان يؤديها الجزء التصرف فيه. كما لو قرروا بيع الجزء من الأرض المخصص لوقوف السيارات.

(٤) ذلك أن مثل هذا القرار يؤدي إلى تغيير أساسي في المبنى وفي حقوق وواجبات الملاك.
(٥) مادة/٨٦٧.

أو لعدم توافر الأغلبية اللازمة لتعيين المدير، بما قد يؤدي إلى الإضرار بمصالح الملاك
وكان لكل مالك أن يطلب من محكمة الأمور المستعجلة تعيين مدير مؤقت للاتحاد
(م/٢٨٧١-٢).

٥٥٨ - والمدير هو الذي يمثل الاتحاد أمام المحاكم والجهات الإدارية وفي التعامل
مع الغير (م/٨٧٢).

٥٥٩ - وله أن يقوم بالأعمال التي تدخل في وظيفته بنفسه أو بمن يمثله من تابعيه
(م/١٢ من اللائحة).

ويتولى المدير «تنفيذ نظام الملكية»^(١) وقرارات الجمعية العمومية وحفظ الأجزاء
المشتركة^(٢)، وذلك بالإضافة إلى ما يتقرر له من اختصاصات أخرى وفقا للقانون
(م/٨٧٣).

٥٦٠ - ويجب على المدير أن يعد ويحفظ السجلات والأوراق المتعلقة بالعقار. وقد
بينت المادة/١٤ من اللائحة بعض هذه السجلات والأوراق الواجب إعدادها وحفظها
على وجه الخصوص، فنحيل إليها^(٣).

كما يجب عليه أن يودع أموال الاتحاد في حساب باسم الاتحاد في البنك الذي يعينه
النظام الاتفاقي للملكية أو قرار الجمعية العمومية (م/١٥ من اللائحة).

ويجوز لكل عضو في الاتحاد أن يطلع في مكتب المدير على السجلات والمستندات
 والمراسلات وكافة الأوراق المتعلقة بإدارة العقار. وعلى المدير، إذا أخطره العضو برغبته
في الاطلاع، أن يمكنه من ذلك (م/١٧ من اللائحة).

مجلس إدارة الاتحاد:

٥٦١ - كثيرا ما جرى العمل على أن يتفق الملاك على تكوين مجلس للإدارة. وقد
أثبتت التجربة فائدة وجود مثل هذا المجلس وبخاصة في البنايات الكبيرة.

(١) وهو نظام الملكية الاتفاقي، سابق الإشارة إليه، والمنصوص عليه بالمادة/٨٥٣ أنظر سابقا بند/٥٣٢.

(٢) وهو ما يقتضى منه الإشراف على قيام كل مالك بواجباته الواردة في النظام مثل استعمال الأجزاء المشتركة فيها
أعدت له، والوفاء بالتزامه بنصيب في النفقات المشتركة، واستعمال الجزء المفرز الذي يملكه فيها خصص
له، إلى غير ذلك من الواجبات.

(٣) سواء كان الحفظ ماديا أو قانونيا.

(٤) أنظر المادة/١٤ من اللائحة.

وقد فُتِنَ المشرع هذا التوجه، فنص في المادة/٨٧٤ على أنه: «يجوز إنشاء مجلس لإدارة الاتحاد، لمساعدة المدير والرقابة على أعماله، ولإبداء الرأي للجمعية فيما يراه والقيام بها تكلفه به».

وبين من هذا النص، أن تقرير إنشاء مجلس للإدارة أمر جوازي، لا وجوبي، فقد لا تبدو منه فائدة في بعض الحالات، كما هو الشأن مثلاً في الأبنية الصغيرة. ووظيفته استشارية أصلاً، فهو لا يملك اتخاذ قرارات ملزمة.

فله - إعمالاً لفرضه الأول وهو مساعدة المدير - أن يقدم رأيه لهذا الأخير في كافة الأعمال التي يختص بها، إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدير، مثل إبداء الرأي في العقود التي يزمع المدير إبرامها مع الغير كمقاول أو محام.

وله - إعمالاً - للفرع الثاني وهو الرقابة على أعمال المدير - أن يراجع كافة الأوراق المتعلقة بأعمال هذا الأخير وبخاصة دفاتر الحسابات.

وله أن يبدي رأيه للجمعية العمومية في أي أمر يرى فيه مصلحة، مثل ملاءمة عمل إصلاح معين أو عدم ملاءمته.

وعليه أن يقوم بما تكلفه به الجمعية العمومية من أعمال، وقد يكون من بينها اتخاذ قرارات ملزمة بخصوص بعض الأمور التي تدخل أصلاً في اختصاصها، فيكون المجلس عندئذ مفوضاً من الجمعية^(١)، وذلك مثل تفويض المجلس اعتماد الحسابات التي يقدمها المدير.

٥٦٢ - أما عن كيفية إنشاء المجلس فقد ترد الأحكام الخاصة بها في نظام الملكية الاتفاقي. فإذا لم يوجد هذا النظام أصلاً، أو وجد ولم ينص فيه على إنشاء مجلس للإدارة «يجوز للجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء أن تقرر إنشاء المجلس». (م/٨٧٤-٢).

٥٦٣ - وسواء تقرر إنشاء مجلس الإدارة - إذا تقرر - بنص في النظام الاتفاقي أو بقرار من الجمعية العمومية «فيجب أن يشكّل من عدد من الملاك أو من يمثلهم لا يقل عن ثلاثة، ولدة لا تزيد على ثلاث سنوات» (م/١٨ من اللائحة). «ولا يجوز أن يكون مدير الاتحاد أو أحد تابعيه أو أزواجهم أعضاء في مجلس إدارة الاتحاد» (م/١٩ من اللائحة).

(١) إعمالاً لنص المادة/٨٦٧ لفقرة ١/ سابق الإشارة إليه. انظر سابقاً بند/٥٥٦.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قائمة المختصرات

TABLE DES ABREVIATIONS

Ass. Plé	: Cour de Cassation (Assemblée Plénière)
Bull	: Bulletin des arrêts de la Chambre civile.
Cass.	: Cour de Cassation
Civ.	: Civil
Cons. Etat	: Conseil d'Etat
Crim.	: Cour de Cassation (Chambre Criminelle)
Concl.	: Conclusion
D.	: Dalloz
D.C.	: Dalloz Critique
Dr.	: Droit
Ed.	: Edition
Ency.	: Encyclopédie
et. S.	: et Suivant
G.P.	: Gazette du Palais
-I.R.-	: - Information rapide -
J.C.P.	: Juris-Classeur Périodique (Samaline Juridique)
Journ. des not. et avocats	: Journal des notaires et avocats.
No.	: Numéro
Obs.	: Observations
P.	: Page
- Pan -	: - Panorama -
Rec. gén. Lois, et Juris.	: Recueil général des Lois et jurisprudence.
Rép.	: Répertoire
Req.	: Cour de Cassation (Chambre des requêtes)
Rev. Crit	: Revue Critique
R.T.	: Revue Trimestrielle de droit civil.
S	: Sirey
- Somm -	: - Sommaire -
T.G.I.	: Tribunal de Grand Instance
Tr.	: Tribunal
Vol.	: Volume

يقصد بـ:

- المحاماة: مجلة المحاماة التي تصدرها نقابة المحامين المصرية.
- خلف: قضاء النقض في الملكية في خمسة وخمسين عاما لـ: السيد خلف محمد المستشار بالنقض ط/ ١٩٨٩.
- مجموعة عمر: مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية للسيد محمود عمر.
- نقض: محكمة النقض المصرية.

قائمة المراجع

أولا : بالعربية

ابراهيم الدسوقي أبو الليل :

* التكييف القانوني للشفعة، مجلة المحامي السنة / ١٢ يونية ١٩٨٩ .

* الحقوق العينية الأصلية، ج/ ١ (أحكام الملكية) مطبوعات جامعة الكويت
١٩٩٠ .

* الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية) مطبوعات جامعة الكويت
١٩٩١ .

أحمد سلامه

الملكية الفردية في القانون المصري ط/ ١٩٧٠ .

إسماعيل غانم

الحقوق العينية الأصلية ج/ ١ (حق الملكية) ط/ ١٩٥٩ .

أنور طلبه

الوسط في القانون المدني ج/ ٣ ١٩٨٨ (دار الفكر العربي) .

توفيق فرج :

الحقوق العينية الأصلية (بدون سنة نشر)

جميل الشرفاوي

* نظرية بطلان التصرف القانوني رسالة القاهرة ١٩٥٣ .

* دروس في الحقوق العينية الأصلية (الكتاب/ ١ في حق الملكية) ط/ ١٩٧١ .

حامد فهمي

تأثير قانون التسجيل على قضايا الشفعة مجلة المحاماة السنة / ٥ .

حسام الدين كامل الأهواني

التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي . مذكرات (على الاستئسل) حقوق
الكويت ١٩٨٥ .

شفيق شحاتة

النظرية العامة للحق العيني ، ط/ ١٩٥١ .

شمس الدين الوكيل

نظرية التأمينات في القانون المدني ط/ ٢ (منشأة المعارف بالاسكندرية) ١٩٥٩ .

صليب سامي

الشفعة وقانون التسجيل . مجلة المحاماة ، السنة / ٨ .

عبد الرزاق أحمد السهوري

الوسيط في شرح القانون المدني ج / ٨ (حق الملكية) ، ج / ٩ (أسباب كسب الملكية) .

عبد العزيز عامر

حق الملكية ، ط/ ١٩٦٧ .

عبد الفتاح عبد الباقي

دروس - الأموال ، ط/ ١٩٥٦ .

عبد المنعم البدر اوي

حق الملكية (الملكية بوجه عام وأسباب كسبها) ط/ ١٩٧٣ .

عبد المنعم فرج الصده

الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري) ط/ ١٩٨٢ .

محمد أنيس شتا :

أحكام الدولة العامة وأحكام الدولة الخاصة ومناطق وأهمية التفرقة بينهما . مجلة إدارة
الفتوى والتشريع السنة / ٧ العدد / ٧ ، ١٩٨٧ الصفحات من ٩ - ٣١ .

محمد شكري سرور

* دروس في حق الملكية ، محاضرات (على الآلة الكاتبة) لطلبة كلية الحقوق فرع
جامعة القاهرة بالخرطوم ٧٥ - ١٩٧٦ .

* سقوط الحق في الضمان (دراسة في عقد التأمين البري) دار الفكر العربي ط/ ٧٩
- ١٩٨٠ .

* موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري . دار الفكر العربي
ط/ ٨٤ - ١٩٨٥ .

- مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي). دار الفكر العربي ١٩٨٥ (نال هذا المؤلف جائزة الدولة في القانون المدني).
- موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية (الناشر دار الفكر العربي - القاهرة ط/١٩٨٦.
- النظرية العامة للحق الناصر: دار النهضة العربية - القاهرة - ط/١٩٩٠.
- النظرية العامة للقانون ، الناشر دار الفكر العربي القاهرة (بدون سنة نشر).
- شرح أحكام عقد البيع دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩١.
- تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية مجلة الحقوق السنة/١٧ العدد ١، ٢ مارس - يولية ١٩٩٣ ص١١١-١٢٩.

محمد علي حنبولة

الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ، رسالة دكتوراه (حقوق عين شمس) ١٩٧٣.

محمد علي عرفه

شرح القانون المدني الجديد ج/١ (حق الملكية) ط/١٩٥٤ ، ج/٢ (أسباب كسب الملكية) ط/١٩٥٥.

محمد علي عمران

الحقوق العينية الأصلية ط/١٩٩٠.

محمد كامل مرسي

الحقوق العينية الأصلية ج/١ (الأموال والحقوق - حق الملكية بوجه عام) ط/٢ ١٩٥١ ج/٣ (أسباب كسب الملكية: الاستيلاء - والاتصاق - والشفعة) ط/١٩٤٩.

محمد لييب شنب

موجز في الحقوق العينية الأصلية (بدون سنة نشر)

محمود جمال الدين زكي

الرجيز في الحقوق العينية الأصلية ط/١٩٧٨

مصطفى الجمال

نظام الملكية ، ط/١٩٨٥.

منصور مصطفى منصور

* التأمينات العينية، القاهرة ١٩٦٣.

* حق الملكية في القانون المدني المصري ط/ ١٩٦٥.

ثانياً: بالفرنسية

A - Ouvrages généraux et Spéciaux

ATIAS (Christien):

Droit Civil, (les biens), 2^{ed}, (LITEC), 1991.

BANDRAC (M):

La Nature juridique de la prescription extinctive en matière civile,
Paris, éd. (Economica) 1986.

BATIFFOL (H):

Problèmes contemporaines de la notion de biens (Archives de
philosophie de droit), 1979, To. 24.

BERAUD et DEBEURAIN:

Mitoyenneté, clôture, bornage, servitudes, Paris, 1981.

BONNECASE:

Précis de droit civil To. 3, 1935.

BUFELAN - LANOIRE (Y):

Droit Civil, 3^{ed}, 1977.

CARBONNIER (Jean):

Droit Civil, To 1, Paris, 1971; T0, 3, 13 éd, 1990.

CHABAS (F) in: MAZEAUD (H.L.J.):

Leçons de droit civil, To. 2, Vol. 2, (Biens), 7 éd. 1989.
(Montchrestien).

DABIN (Jean):

Le droit subjectif, Paris, 1952.

DELHAY (Fr):

La nature juridique de l'indivision, Paris, L.G.D.J., 1968.

FAVOREAU (L) et PHILIP (L):

Les grandes décisions de Conseil Constitutionnel, Paris (Sirey). 4
éd, 1986.

HENRIOT et ROSSILLON:

Les servitudes de droit privé et de droit public, Paris, 1966.

IONASCO:

La copropriété d'un bien, Paris, 1930.

ISSELÉ et LANNERÉE:

Servitudes, mitoyenneté, bornage, clôture., Paris, 1974.

JOSSERAND (L):

Cours de droit civil positif français, To. 1, 3 éd, 1938.

RAYNAUD (P) in : MARTY (G.F.) et RAYNAUD:

Droit Civil (les biens), 2 éd, (Sirey), 1980.

VAN BRIERULET:

Cours de droit civil, 1921.

WEILL (A) et TERRÉ (F) et SIMLER (Ph):

Droit Civil, (les biens), 3 éd, (Dalloz), 1985.

(B) Thèses

FOURNIER (J):

Le juste titre en droit français moderne, Thèse Caen, 1942.

JACQUEY:

De l'invention des trésors, Thèse Lille, 1912.

MALABARD:

La notion d'épave., Thèse, Paris, 1939.

RADULESCO:

La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation, Thèse, Paris, 1923.

SAINT - ALARY:

La Détention (notion et portée d'application en droit français), Thèse Montpellier, 1941.

VOUIN (R):

La bonne foi, Thèse Bordeaux, 1939.

C – Articles

BLAISE:

Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage, R.T. 1965, P. 261.

CATALA:

La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, R.T. 1966, P. 185.

DE VAREILLES -SOMMIERS:

De la copropriété, Rev. Crit., 1907.

DURAND (P):

Droits des copropriétaires sur les biens indivis, Rev. Crit., 1935 -14.

LARCHER (E):

À qui appartiennent le bail, les constructions élevées sur le terrain d'autrui?, Rev. Crit., 1955.

RAISON (A):

Clauses d'inaliénabilité contenues dans les donation et testaments. Journ. des not. et evocats, 1971 - 932.

RODIERE:

Possession, Ency. D., 2 éd, No. 80.

SAINT - ALARY (R):

- * Accession., Ency. D. Rép. de Dr. Civil.
- * Les Constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués, R.T. 1947.

VIAATTE (J):

Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments.
Rec. gén. Lois et Juris. 1971 - 477.

VINCENT:

Les propriétés collectives, l'indivision, et l'effet déclaratif du partage Rev. Crit. 1932 - 284.

D – Notes de Jurisprudence

A.B.:

- * Note sous Civ. 18/6/1970, D. 1970 - 561
- * Note sous Civ. 16/6/1971, D. 1971-566.

AUBERT:

- * Note sous Lyon, 23/12/1980, D. 1983-605.
- * Note sous Civ. 31/1/1984., D. 1984-396.

AZARD:

Note sous Civ. 11/5/1966, D. 1966-753.

BECQUÉ:

Note sous Paris, 16/3/1949, J.C.P. 1949-2-4960.

BREDIN:

- * Obs. sous Civ. 13/1/1965, R.T. 1965-678.
- * Obs. sous Civ. 2/2/1965, R.T. 1965-676.
- * Obs. sous Civ. 15/2/1965, R.T. 1965-677.
- * Obs. sous Civ. 6/4/1965, R.T. 1965-629.
- * Obs. sous Civ. 15/2/1968, R.T. 1968-740.
- * Obs. sous Crim., 31/10/1969, R.T. 1970-196.
- * Obs. sous Civ. 18/6/1970, R.T. 1972-797.
- * Obs. sous Civ. 23/6/1972, R.T. 1973-147.

CABALLERO:

Note sous Civ. 3/11/1977, D. 1978-434.

CABANAC (J):

Note sous Cass., 23/6/1972, G.P. 1977-2-5.

CARBONNIER:

Note sous Paris, 9/11/1948, J.C.P. 1949-2-4976.

CHAVEGRIN:

Note sous Tr. Civ. Seine, 15/11/1927, S. 1928-2-137.

DAGOT:

Note sous T.G.I., Cherbourg, 13/2/1974, J.C.P. 1974-2- 17861.

DEFRÉNOIS (Jacques):

Note sous Civ. 19/10/1965, D. 1966-245.

DENIS:

Note sous Civ. 9/11/1976, D. 1977-561.

E.R.:

Note sous Req. 16/1/1923, D. 1923-1-177.

ESMEIN:

Note sous Civ. 22/10/1964, J.C.P. 1965-2-14288.

GHESTIN:

Note sous Civ. 13/11/1970, J.C.P. 1972-2-17077.

GIVERDON:

* Obs sous Civ. 2/12/1975, R.T. 1977-154.

* Obs sous Civ. 1/6/1977, R.T. 1978-161.

GOUBEAUX:

* Note sous Crim. 31/10/1969, J.C.P. 1970-2-16333.

* Note sous Civ. 8/5/1973, J.C.P. 1973-2-17566.

GOUBEAUX et JEGOUZO:

Note sous Cass. 23/6/1972, J.C.P., 1973-2-17331.

KEHRIG:

Note sous Crim., 24/11/1977, D. 1978-42.

LALOU:

* Note D. 1933-2-109.

* Note D. 1944-173.

* Note D. 1951-456.

L.M.:

* Note sous Crim. 7/7/1944, J.C.P. 1947-2-3410.

LAMARQUE et AGOSTINI:

Note D. 1976-221.

L. C.:

Note sous T.G.I., Bressuire 1/6/1976, G.P. 1977-1-297.

LINDON:

* Note sous Civ., 4/2/1971, J.C.P. 1971-2-16781.

* Note sous Civ. 23/6/1972, D. 1972-705.

MAZEAUD (J):

Note sous Paris, 13/12/1960, J.C.P., 1961-2-11937.

MODERNE:

Obs. sous Cons. Etat, 30/10/1981, D. 1982-i.r.-113.

MORAND:

Note sous Paris, 2/5/1983, G.P. 1983-2-457.

MOURGEON:

Note sous Civ. 3/1/1969, J.C.P. 1969-2-15920.

MOUROCQ:

Note sous Civ. 27/4/1979, J.C.P. 1980-2-19408.

NAST:

- * Note sous Tr., Civ., Seine 15/11/1927, D. 1928-2-8.
- * Note sous Paris, 6/3/1931, D. 1931-2-88.

PATARIN:

- * Obs sous Civ. 20/7/1982, R.T., 1983-376.
- * Obs. sous Civ., 20/1/1985, R.T., 1986-620.

PLANCQUEEL (A):

Note S. 1956 - 185.

R.A. :

Note sous Crim., 7/7/1944, J.C.P. 1947-2-3410.

RAYMOND:

Note sous Civ., 22/10/1964, D. 1965-344.

RIPERT:

- * Note sous Civ. 10/2/1907, D. 1907-1-385.
- * Note sous Tr. Civ., Seine 1/6/1949, D. 1949-350.

ROBERT:

- * Note sous Civ., 3/11/1981, D. 1983-i.r.-369.
- * Obs. sous Paris., 19/12/1986, D. 1988-Somm-13.
- * Note sous Paris., 7/4/1987, D. 1988-Somm-15.

SOLUS:

- * Obs. sous Tr. de Valenciennes 1/12/1943, R.T., 1944-215.
- * Obs. sous Paris., 8/11/1946, R.T. 1947-71.
- * Obs. sous Tr. Civ. Besançon, 25/4/1955, R.T. 1955-681.

THUILLIER:

* Note sous Civ., 18/6/1970, J.C.P. 1972-2-15165.

* Note sous Civ. 8/1/1975, J.C.P., 1976-2-18240.

TISSIER:

Note sous Civ., 16/3/1903, S. 1905-1-513.

TUNC:

Note sous Paris, 10/6/1953, D. 1954-8.

VOIRIN:

Note sous Tr. Civ. Guadeloupe 20/3/1936, D. 1937-2-7.

VOUIN (J.F):

Note sous T.G.I., Cherbourg 13/2/1974, D. 1975-30.

WIEDERKEHR:

Note sous Colmar, 13/1/1966, J.C.P., 1967-2-14971.

للمؤلف

- ١ - نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية
ط / ٧٩ (الناشر دار الفكر العربي)
٣٧٥ صفحة
- ٢ - النظرية العامة للحق
ط / ٧٩ دار الفكر العربي
٣٣٦ صفحة
- ٣ - سقوط الحق في الضمان (داسة في عقد التأمين البري)
ط / ٨٠ دار الفكر العربي
٢٩٦ صفحة
- ٤ - الصورية بطريق التوسط (داسة لفكرة تسخير الأشخاص
في المعاملات القانونية). ط / ٨١ دار الفكر العربي
١١٧ صفحة
- ٥ - مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة
ط / ٨٣ دار الفكر العربي
١٠٩ صفحة
- ٦ - مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد
ط / ٨٣ دار الفكر العربي
١٦٠ صفحة
- ٧ - الأحكام العامة للالتزام (في القانون المدني المصري)
ط / ٨٤ دار الفكر العربي
٣٨٣ صفحة
- ٨ - مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى
(داسة مقارنة في القانون المدني المصري والفرنسي)
ط / ٨٥ دار الفكر العربي - (نال هذا المؤلف جائزة الدولة
في القانون المدني)
٥٢٤ صفحة
- ٩ - موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية
ط / ٨٦ دار الفكر العربي
٢٠٠ صفحة
- ١٠ - التأمين ضد الأخطار التكنولوجية
ط / ٨٦ دار الفكر العربي
١٩١ صفحة
- ١١ - محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية (داسة مقارنة)
ط / ٨٦ دار الفكر العربي
١٠٩ صفحة

- ١٢ - النظرية العامة للقانون
دار الفكر العربي
- ١٣ - شرح أحكام عقد البيع
ط / ٩١ دار النهضة العربية
- ١٤ - شرح أحكام عقد التأمين
ط / ٩١ دار النهضة العربية
- ١٥ - La responsabilité civil de constructeurs
بحث بالفرنسية منشور بباريس في:
Travaux de l'association Henri CAPITANT,
Tome XL.11 1991 (ouvrage publié avec le
concours du CNRS . pp 71 et s.
- ١٦ - تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية بحث
منشور بمجلة الحقوق (التي تصدرها جامعة الكويت)،
السنة / ١٧ ، العدد / ١ ، ٢ - ١٩٩٣ - ص من ١١١ - ١٢٩
- ١٧ - شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي
مطبوعات لجنة التأليف والترجمة والنشر.
- ١٨ - موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع (وفقا لاتفاقية
فيينا ١٩٨٠). مجلة الحقوق السنة / ١٨ العدد / ٣ - ١٩٩٤
الصفحات من ١١٧ - ١٦٧

فهرس

صفحة	
١	خطة الدراسة
	فصل تمهيدى
	عموميات : فى التعريف بحق الملكية وعناصره وخصائمه
٣	المبحث الأول: فى التعريف بحق الملكية وعناصره
٧	المبحث الثانى: خصائص حق الملكية
	الباب الأول: أسباب كسب الملكية
١٩	تعداد، وتحديد إطار الدراسة
	الفصل الأول
٢٣	الاستيلاء
	الفصل الثانى : الالتصاق
٣٧	المبحث الأول: عموميات
٤٢	المبحث الثانى: الالتصاق الصناعى بالمعار
٤٤	المطلب الأول: البناء (أو الغراس) فى الملك بمواد مملوكة للغير
	الفرع الأول: عموميات
٤٦	الفرع الثانى: أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق
٥٢	المطلب الثانى: البناء (أو الغراس) فى أرض الغير بمواد مملوكة للباني
	الفرع الأول: عموميات
٥٧	الفرع الثانى: أحكام هذه الحالة من حالات الالتصاق
٥٨	المحور الأول: فرض ما لو كان الباني سىء النية
٦٣	المحور الثانى: فرض ما لو كان الباني حسن النية
٧١	خاتمة المطولين
	المطلب الثالث: البناء (أو الغراس) فى أرض الغير بمواد مملوكة لشخص ثالث
٧٤	المبحث الثالث: التصاق المنقولات
	الفصل الثالث: الشفعة
٧٧	تمهيد

٨٢	المبحث الأول: شروط الأخذ بالشفعة
	المطلب الأول: الشروط التي تتعلق بطالب الشفعة
٩٤	خاتمة المطلب (تزامن الشفعاء)
٩٧	المطلب الثاني: الشروط التي تتعلق بالتصرف المشفوع فيه
١٠٦	خاتمة المطلب (الشفعة في حالة توالي البيوع)
١٠٩	المطلب الثالث: الشروط التي تتعلق بالمشفوع منه (المشتري)
١١٠	المطلب الرابع: الشروط التي تتعلق بالمشفوع فيه (المبيع)
١١٥	المبحث الثاني: إجراءات الشفعة
١٢٤	المبحث الثالث: مسقطات الشفعة
١٢٩	المبحث الرابع: آثار الأخذ بالشفعة
	الفصل الرابع: الحيازة
١٣٩	تمهيد
	المبحث الأول: كسب الحيازة
١٤٢	المطلب الأول: أركان الحيازة (أو عناصرها)
١٤٣	الفرع الأول: العنصر المادي
١٥١	الفرع الثاني: العنصر المعنوي
١٦١	المطلب الثاني: ما يتعلق بأركان (أو عناصر) الحيازة من مسائل
١٦٢	الفرع الأول: شرط خلو الحيازة من العيوب (صفات الحيازة القانونية)
١٦٨	الفرع الثاني: حسن أو سوء النية في الحيازة
١٧١	المبحث الثاني: انتقال الحيازة
١٧٥	المبحث الثالث: زوال الحيازة
١٧٩	المبحث الرابع: آثار الحيازة
	المطلب الأول: الآثار التي ترتبها الحيازة لذاتها
١٨٠	الفرع الأول: الحيازة كقرينة على الملكية (أو الحق العيني الآخر)
١٨١	الفرع الثاني: حق الحائز في ثمار ومنافع الشيء محل الحيازة
١٨٤	الفرع الثالث: حق الحائز في استرداد بعض المصروفات
١٨٧	الفرع الرابع: مسئولية الحائز عن هلاك الشيء المحوز أو تلفه
	الفرع الخامس: أثر الحيازة في إكساب ملكية المنقول وفي إسقاط التكاليف والقيود العينية الواردة عليه
١٨٨	

المحور الأول: الأثر المكسب للحيازة في المنقولات	١٩٠
المحور الثاني: الأثر المسقط للحيازة في المنقولات	٢٠٥
المطلب الثاني: آثار الحيازة الممتدة في الزمن (التقادم)	٢٠٧
الفرع الأول: شروط الحكم للحائز بالحق بدلالة الحيازة الممتدة	٢١١
الفرع الثاني: أحكام النظام المقرر بالمادة ٩٣٥	٢٢٠
الباب الثاني: أحكام حق الملكية	

تقسيم	٢٢٧
الفصل الأول:	

أحكام حق الملكية في التنظيم العام له	
المبحث الأول: نطاق حق الملكية (من حيث محله)	٢٣١
المبحث الثاني: القيود التي ترد على الملكية	٢٣٨
المطلب الأول: القيود الواردة على حرية التملك	٢٣٨
المطلب الثاني: القيود الواردة على حق الملكية (بعد قيامه)	٢٤٥
الفرع الأول: القيود القانونية	

المحور الأول: القيود التي يفرضها الجوار بوجه عام (عدم الغلو في

في استعمال حق الملكية)	٢٤٧
المحور الثاني: القيود التي يفرضها التلاصق في الجوار	٢٥٣
أ - وضع الحدود	
ب - قيود الفتحات (المطالات والمناور)	
الفرع الثاني: القيود الإرادية (شرط المنع من التصرف)	٢٦١

الفصل الثاني:

الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة	
تمهيد:	٢٨٣
المبحث الأول: الشيوع العادي (الملكية الشائعة بوجه عام)	٢٨٥
تمهيد:	
المطلب الأول: أحكام الشيوع (التنظيم القانوني لإدارة المال الشائع وللتصرف فيه)	٢٨٨
تمهيد: (في المبادئ التي ينطلق منها هذا التنظيم)	
الفرع الأول: إدارة المال الشائع	٢٩٠

٢٩٦	الفرع الثاني : التصرف في المال الشائع
٢٩٧	المحور الأول : في تصرف الشركاء
٣٠١	المحور الثاني : في انفراد أحد الشركاء بالتصرف
٣٠٧	المطلب الثاني : قسمة المال الشائع
٣٠٨	الفرع الأول : قسمة الانتفاع غير المنهية للشيوع (قسمة المهايأة)
٣١٢	الفرع الثاني : قسمة الملك المنهية للشيوع (القسمة النهائية)
	تمهيد :
٣١٧	المحور الأول : القسمة الاتفاقية (الرضائية)
٣٢٤	المحور الثاني : القسمة القضائية
٣٢٨	المحور الثالث : حماية دائتي المتقاسمين
٣٣١	المحور الرابع : آثار القسمة
	أولاً : الإفراز
	ثانياً : ضمان التبرض والاستحقاق
٣٤٢	المبحث الثاني : الشيوع الإجباري
	المطلب الأول : في الشيوع الإجباري بوجه عام
٣٤٦	المطلب الثاني : ملكية الطبقات والشقق
	تمهيد :
	الفرع الأول : تنظيم الانتفاع بالعقار المبنى ، والقيود المفروضة على سلطات كل شريك فيها يملكه مفزراً
٣٥٢	الفرع الثاني : سلطات المالك على الأجزاء المشتركة وأعباءه فيها
٣٥٥	الفرع الثالث : إدارة الأجزاء المشتركة
٣٦١	قائمة المختصرات
٣٧٠	قائمة المراجع
٣٧٢	للمؤلف
٣٨٥	الفهرس
٣٨٧	

